



UNIVERSIDAD PRIVADA TELESUP
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
CORPORATIVO

TESIS

“LA INDEMNIZACION DEL CONYUGE PERJUDICADO
EN LA SEPARACION DE HECHO”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORES:

GIANNINA LIZETH RAMIREZ RAMIREZ

JOSE CARLOS CANO ITURRIZAGA

LIMA – PERÚ

2018

ASESOR DE TESIS

DR. JUAN HUMBERTO QUIROZ ROSAS

JURADO EXAMINADOR

DR. PERALES SANCHEZ ANAXIMANDRO ODILO
PRESIDENTE

DRA. VIZCARDO ROZAS NOEMI
SECRETARIO

DR. FERNANDEZ MEDINA JUBENAL
VOCAL

DEDICATORIA

A mi familia, por todo el apoyo
brindado para alcanzar mis
metas

AGRADECIMIENTOS

A nuestros Maestros que día a día forjaron el desarrollo de nuestra profesión.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Por el presente documento, GIANNINA LIZETH RAMIREZ RAMIREZ, Identificada con D.N.I. 42548850 y JOSE CARLOS CANO ITURRIZAGA, identificado con D.N.I. 06234797, bachilleres de la carrera de Derecho Corporativo, informamos que hemos elaborado la Tesis / Trabajo de Suficiencia Profesional denominada **“LA INDEMNIZACION DEL CONYUGE PERJUDICADO EN LA SEPARACION DE HECHO”**

Para optar el Título Profesional de abogado, declaramos que este trabajo ha sido desarrollado íntegramente por los autores que lo suscriben y afirmamos que no existe plagio de ninguna naturaleza. Así mismo, dejamos constancia de que las citas de otros autores han sido debidamente identificadas en el trabajo conforme a las normas APA, por lo que no se ha asumido como propias las ideas vertidas por terceros, ya sea de fuentes encontradas en medios escritos como en Internet.

Así mismo, afirmamos que somos responsables de todo su contenido y asumimos, como autores, las consecuencias ante cualquier falta, error u omisión de referencias en el documento. Sabemos que este compromiso de autenticidad y no plagio puede tener connotaciones éticas y legales.

Por ello, en caso de incumplimiento de esta declaración, nos sometemos a lo dispuesto en las normas académicas que dictamine la UNIVERSIDAD TELESUP.

Lima, 31 de agosto del 2018.

GIANNINA LIZETH RAMIREZ RAMIREZ
D.N.I. 42548850

JOSE CARLOS CANO ITURRIZAGA
D.N.I. 06234797

RESUMEN

El 06 de Julio del 2001 se promulgo la Ley 27495 mediante la cual se incorporó al Código Civil el numeral 12 del artículo 333 y el artículo 345-A de los cuales se desprende como causal de divorcio la separación de hecho y que el Juez velara por la estabilidad económica del cónyuge que resulta perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Con este artículo se inició la obligación a los Magistrados de que fijen al momento de emitir sentencia una indemnización por daños a favor del cónyuge que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la separación de hecho, a la fecha son muy pocos los casos donde los Jueces aplican correcta indemnización a favor del cónyuge perjudicado.

Los problemas que se presentan en la aplicación de la indemnización por parte de los Magistrados a favor del cónyuge perjudicado, es establecer cuáles son los criterios que se deben evaluar para establecer el quantum de la indemnización que se debe aplicar al cónyuge agresor.

El objetivo que tenemos al realizar la presente investigación se dirige a verificar la relación que existe entre la separación de hecho y la indemnización del cónyuge perjudicado, así como también establecer en qué medida la separación de hecho genera la indemnización del cónyuge perjudicado.

Para poder establecer los criterios de indemnización establecidos en una separación de hecho, hay que poder determinar cuándo se considera perjudicado a un cónyuge dentro de la separación de hecho y aplicar los criterios que se deben utilizar para determinar el quantum de la indemnización.

Para poder llegar a realizar el presente estudio, analizaremos dentro de nuestro trabajo las instituciones del matrimonio, el divorcio, la separación de hecho como causal del divorcio y la indemnización a la que se hace referencia en el

artículo 345 – A del Código Civil, también haremos referencia al Tercer Acuerdo Plenario emitido por la Corte Suprema, el cual trata sobre la separación de hecho como causal de divorcio.

ABSTRACT

On July 6, 2001, Law 27495 was promulgated by means of which the numeral 12 of article 333 and article 345-A were incorporated into the Civil Code, from which the separation of fact is inferred as grounds for divorce and that the Judge will watch over the economic stability of the spouse who is harmed by the de facto separation, as well as that of their children. It must indicate compensation for damages, including personal injury or order the preferential adjudication of property of the conjugal society, regardless of the maintenance of food that may correspond.

With this article began the obligation to the Magistrates to set at the time of issuing a sentence compensation for damages in favor of the spouse who has suffered a loss as a result of the separation of fact, to date there are very few cases where judges they apply correct compensation in favor of the injured spouse.

The problems that arise in the application of the compensation by the Magistrates in favor of the injured spouse, is to establish which are the criteria that must be evaluated to establish the amount of the compensation that must be applied to the aggressor spouse.

The objective we have in conducting the present investigation is to verify the relationship that exists between the fact of separation and the compensation of the injured spouse, as well as to establish to what extent the de facto separation generates the compensation of the injured spouse.

In order to establish the compensation criteria established in a de facto separation, it is necessary to be able to determine when a spouse is considered to be injured within the de facto separation and to apply the criteria that must be used to determine the quantum of the compensation.

In order to be able to carry out the present study, we will analyze within our work the institutions of marriage, divorce, the separation of fact as a cause of divorce and the compensation referred to in article 345 - A of the Civil Code, also We will refer to the Third Plenary Agreement issued by the Supreme Court, which deals with the de facto separation as grounds for divorce.

INDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA.....	i
ASESOR DE TESIS.....	ii
JURADO EXAMINADOR.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTOS.....	v
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	ix
INDICE DE CONTENIDOS.....	x
GENERALIDADES	xiii
INTRODUCCION	xiv
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	16
1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA.....	16
1.1.1. MARCO TEÓRICO	17
1.1.1.1. Antecedentes de la Investigación.....	18
1.1.1.1.1. Antecedentes Nacionales	18
1.1.1.1.2. Antecedentes Internacionales.....	24
1.1.1.2. Bases Teóricas de las Categorías.....	27
1.1.1.2.1. Bases legales	27
1.1.1.2.2. Bases Teóricas	38
1.1.1.2.2.1. El Matrimonio.....	39
1.1.1.2.2.2. El Divorcio	44
1.1.1.2.2.3. La Separación de Hecho Como Causal de Divorcio.....	52
1.1.1.2.2.4. La Indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho.....	58
1.1.1.3. Definición de Términos Básicos	65

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	65
1.2.1 Problema General.....	65
1.2.2 Problemas Específicos.....	66
1.3. JUSTIFICACIÓN	66
1.4. RELEVANCIA.....	67
1.5. CONTRIBUCIÓN.....	67
1.6. OBJETIVOS	67
1.6.1. Objetivo General.....	67
1.6.2. Objetivos Específicos.....	67
II. MARCO MÉTODOLOGIA.....	68
2.1. SUPUESTOS DE INVESTIGACIÓN	68
3.1.1. Supuestos Principal.....	68
3.1.2. Supuesto Secundario	68
2.2. CATEGORÍAS.....	68
2.2.1. Categorías del Supuesto Principal.....	68
2.2.2. Subcategorías de los Supuestos Secundarios.....	68
2.3. TIPO DE ESTUDIO.....	68
2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	69
2.5. ESCENARIO DE ESTUDIO.....	69
2.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS	69
2.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA.....	70
2.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	70
12.9. RIGOR CIENTÍFICO	71
2.10. ASPECTOS ÉTICOS.	71
III. JURISPRUDENCIA.....	72
IV. CONCLUSIONES	92
V. RECOMENDACIONES	94

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95
ANEXOS	98
MATRIZ DE CONSISTENCIA	99
VALIDACION DE INSTRUMENTOS	100

GENERALIDADES

Título: "LA INDEMNIZACION DEL CONYUGE PERJUDICADO EN LA SEPARACION DE HECHO"

Autores: Bachilleres

GIANNINA LIZETH RAMIREZ RAMIREZ

JOSE CARLOS CANO ITURRIZAGA

Asesor: Dr. JUAN QUIROZ ROSAS

Línea de Investigación: Derecho Civil - Familia

Localidad: Lima Cercado

Duración de la Investigación: 6 – 9 meses.

INTRODUCCION

Según la doctrina más aceptada, el divorcio es definido como “aquel que pone fin absoluto y definitivo a la vigencia del nexo causal, la sociedad de gananciales, la obligación de hacer vida en común, el deber de mutua fidelidad y la obligación alimenticia entre cónyuges, pudiendo cualquiera de ellos, contraer un nuevo enlace una vez extinguido el vínculo (Juan Manuel Castillo Zelaya “El divorcio ¿enfermedad o remedio? Artículo publicado en el diario El Peruano, Lima 6 de noviembre de 1996). El Derecho de familia estudia dentro del decaimiento y disolución del vínculo matrimonial la separación de cuerpos y luego el divorcio. Todos los estados contemporáneos regulan el divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial.

Estando a la situación en la que se encuentra la sociedad, el decaimiento de la Familia ha traído como consecuencia que se plantee gran cantidad de divorcios, habiendo aumentado estos según Instituto de Ciencias del Matrimonio y Familia.

Como consecuencia de esta situación, en julio del 2001 entro en vigencia la Ley 27495, la que estableció la Separación de Hecho como una de las causales de la Separación De Cuerpos y del Divorcio, mediante la cual también se agregó al Código Civil el artículo 345 – A, el cual trajo consigo que se indemnice al cónyuge perjudicado por la Separación de Hecho.

La nueva situación planteada por los legisladores en el artículo 345 – A del código acotado, trajo consigo que muchos de los Jueces al momento de emitir una sentencia en un proceso de divorcio por causal de Separación de Hecho, no apliquen la indemnización o la apliquen de forma desproporcionada, esto en perjuicio del cónyuge perjudicado.

La mala aplicación o la falta de aplicación de la indemnización en un divorcio por Separación de Hecho, trajo como resultado que en el año 2011 la Corte Suprema de la Republica emita el Tercer Pleno Casatorio referente al divorcio por la causal de separación de hecho, en este pleno se estableció que para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la

demanda y los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

Después de que se ha emitido el Tercer Pleno Casatorio, se ha planteado una nueva interrogante: ¿Cuáles son los criterios que deben aplicar los Magistrados para establecer la indemnización del cónyuge perjudicado por la Separación de Hecho? Esta interrogante es la que vamos a desarrollar en el presente trabajo de investigación.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA

Según el profesor Cornejo Chávez: “el divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro” (CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 5ª Ed. Lima, Librería Studium S.A., 1985, pág. 347).

También es definido el divorcio por Mario Castillo Freyre como “la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial fundada en cualquier de las causales previstas por el ordenamiento jurídico, Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por los cónyuges. (Castillo Freyre, Mario y Torres Maldonado, Marco Andrei. Análisis de la enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio. El Divorcio, Primera Edición 2013, Gaceta Jurídica, pág. 14)

Podríamos pensar que el divorcio siempre ha sido aceptado dentro de la legislación nacional, pero esto no es así, ya que el Código Civil de 1852 expresamente no se aceptaba y solo fue legislado recién en el Código Civil de 1936 y también en el vigente Código Civil de 1984.

La causal del divorcio por Separación de Hecho fue incorporada recién con la Ley N° 27495 promulgada el 6 de julio del 2001, mediante la cual se incorporó al artículo 333 del Código Civil el numeral 12 que a la letra dice:

Son causas de Separación de Cuerpos:

“12.- La Separación de Hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335°”.

La Separación de Hecho consiste, en la separación fáctica entre cónyuges, quienes dejan de compartir la vivencia conjunta de una relación conyugal, esto se expresa en la ruptura permanente y definitiva de la convivencia y la falta de voluntad de

unirse de ambos cónyuges.

Con la ley acotada, también se incorporó al Código Civil el artículo 345 – A – (Indemnización en Caso de Perjuicio), el cual a la letra dice:

“Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333º 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. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323º, 324º, 342º, 343º, 351º y 352º, en cuanto sean pertinentes”.

En este artículo se planteó por primera vez que el cónyuge perjudicado por la separación de hecho sea Indemnizado, lo que ha traído como consecuencia diversos criterios jurisprudenciales que analizan los temas de indemnización y resarcimiento, recién con la sentencia recaída en el acuerdo plenario sobre separación de hecho, se ha establecido que la indemnización o la adjudicación preferentemente a la que se hace referencia la norma acotada tiene la naturaleza a una obligación legal y no se circunscribe a los elementos subjetivos del dolo o culpa que integran la responsabilidad contractual o extracontractual.

1.1.1. MARCO TEÓRICO

En esta etapa de la investigación procederemos a revisar los antecedentes normativos, jurisprudencia e investigaciones referidas a la Separación de Hecho y a los criterios que se deben aplicar al momento de imponer la Indemnización del Cónyuge Perjudicado.

1.1.1.1. Antecedentes de la Investigación

1.1.1.1.1. Antecedentes Nacionales

1. Bach Emily del Pilar Espinoza Lozano (2015), presentó la investigación titulada “Efectos Jurídicos de Aplicar lo Prescrito en el Artículo 345 – A del Código Civil, en los Procesos de Divorcio por Causal de Separación de Hecho Luego del Tercer Pleno Casatorio Civil”, para optar el título de Abogado en la Universidad Privada Anterior Orrego, en la que concluye:

“Primera: Con la posición de la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio y en relación al análisis e interpretación realizada en las sentencias casatorias emitidas antes y después del pleno, se ha demostrado cuáles son los efectos de aplicar las reglas establecidas como precedentes judiciales vinculantes, cuyos resultados obtenidos han sido la aplicación del principio de socialización en los procesos de familia, esto es, a fin de evitar desigualdades entre las partes, así como el ejercicio de las facultades tuitivas que tiene el juez en los procesos de familia, lo cual genera como consecuencia la flexibilización de los principios y normas procesales, como son los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación en cuanto a las pretensiones. Así mismo, se ha obtenido como efecto jurídico, una mayor protección al cónyuge perjudicado y se ha determinado cuál es la naturaleza jurídica de la indemnización o la adjudicación de bienes, así como la forma de solicitarla ya sea expresamente en el petitorio o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi.

Segunda: Se ha podido demostrar, mediante las diversas sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia después del Tercer Pleno Casatorio, que muchas veces una de las partes es notoriamente débil, por lo que la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

Tercera: Con el fin de otorgar mayor protección al cónyuge más perjudicado con el divorcio por la causal de separación de hecho, y así como poder identificarlo, se ha determinado por medio de las sentencias casatorias después del Tercer Pleno Casatorio Civil, cuáles son los factores tomados en cuenta por los jueces supremos para su mejor resolver, así he podido observar que tienen en cuenta

circunstancias, como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad y mayores con discapacidad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

Cuarta: Con la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil, se ha dejado en claro el carácter público de las normas del Derecho de Familia, lo cual como se ha podido observar en diversas sentencias casatorias, han permitido que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad se flexibilicen, además de la ampliación del contenido de acumulación objetiva implícita. Sumado a este sistema publicístico que orienta el proceso civil, se ha podido precisar las facultades tuitivas al juez para resolver conflictos de familia.

Quinta: En consecuencia, del análisis e interpretación realizada en las sentencias casatorias emitidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema en mi Sub Capítulo III, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, se están aplicando de forma flexible, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en los procesos de familia, especialmente cuando se refiera a los niños adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como se ha podido observar en este tipo de procesos.

Sexta: Se ha podido demostrar, que en aplicación al Tercer Pleno Casatorio, los Jueces Supremos interpretan a la indemnización en el divorcio por la causal de separación de hecho, como una obligación legal y no como un supuesto de responsabilidad civil contractual ni extracontractual, lo cual era necesario esclarecer puesto que como se ha podido observar de las sentencias emitidas antes del Tercer Pleno Casatorio, existían sentencias contradictorias y no se establecía qué tipo de normatividad o régimen legal le resultaba aplicable, por lo que de acuerdo a las diferentes posiciones doctrinarias, para algunos juristas éstas tenían carácter alimentario, para otros, tenían carácter reparador, u carácter indemnizatorio, otro sector importante de la doctrina postulaba que se trataba de una obligación legal y para otro sector de la doctrina nacional, ésta poseía un

carácter de responsabilidad civil extracontractual. Estableciéndose así que el fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

Sétima: Así mismo, al realizar el análisis de las sentencias casatorias, se ha observado que la indemnización o adjudicación proveniente de la sociedad de gananciales puede obtenerse cuando la misma se solicita expresamente en el petitorio, o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi, esto es, cuando se haya alegado hechos claros y concretos que justifiquen su otorgamiento.

Octava: En el Tercer Pleno Casatorio la acumulación de pretensiones es una acumulación objetiva accesorio implícita, tácita o legal, de conformidad con el último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.

Novena: Sin embargo, a pesar que el Tercer Pleno Casatorio, ha esclarecido y establecido reglas que servirán para una mejor interpretación de la norma que nos ocupa, artículo 345-A de nuestro Código Civil, he podido observar que aún en muchas judicaturas no están siendo valorados y no se están fijando indemnizaciones pese a que nos encontremos frente a la posibilidad de admitirse petitorios implícitos al contarse con elementos probatorios, indicios o presunciones que permiten identificar a un cónyuge perjudicado con la separación de hecho”.

2. Alvarez Olazábal, Elvira María (2006), presentó la investigación titulada “Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o Solución?, para optar el grado académico de magister en la “Universidad Nacional Mayor de San Marcos”, en la que concluye:

- La regulación de la causal de separación de hecho permite una solución legal dentro de nuestro sistema, a los casos de cónyuges alejados de manera definitiva, faltando al deber de cohabitación, precisamente porque habían encontrado otra pareja con la cual realizar su meta como integrante

de una familia, lo cual ocasionaba un desorden social.

- El establecimiento de las dos nuevas causales, no afecta la estabilidad de la institución matrimonial o de la familia de por sí, porque los problemas se generan al interior de la relación, no porque la legislación pueda considerarse permisiva, o porque se facilite una “vía de escape” para los matrimonios frustrados.
- La invocación de una casual como consecuencia de la decisión precipitada y muchas veces inmadura, con la que se decide contraer matrimonio, guarda relación con la necesidad de preparar adecuadamente a los futuros contrayentes, la edad y la experiencia, evaluar de manera un tanto más objetiva (no total porque se debe tener en cuenta que el amor es un sentimiento que no permite muchas veces ser objetivo) la opción de casarse.
- La causal de imposibilidad de hacer vida en común no tiene naturaleza objetiva y así debería entenderse, por cuanto los hechos que dan lugar a esta causal deben probarse, acreditándose la culpabilidad del cónyuge al que se demanda, descartándose la interpretación bipolar de esta causal.
- Como señalaba el maestro Cornejo Chávez: “la contribución a solucionar los problemas profundos de la justicia social, exige al hombre de Derecho reconocer con humildad que sus instrumentos no bastan para corregir con acierto las situaciones de injusticia: si el jurista no trabaja con el sociólogo, el antropólogo, el etnógrafo, o el economista, jamás conocerá por entero la problemática que exige una solución de Derecho”. Y es por ello que pensamos que la respuesta del legislador a pesar del tiempo que se venía debatiendo la propuesta de inclusión de la separación de hecho, no ha sido perfeccionada por la visión interdisciplinaria conjunta, y por la participación del debate en la comunidad jurídica nacional, como debieran serlo las leyes en nuestro país.
- La causal de imposibilidad de hacer vida en común, requería de un mayor análisis y de un trabajo legislativo de extenso alcance interdisciplinario, pues si bien coincidimos en que resulta imposible la convivencia en condiciones adversas al natural desarrollo del ser humano y de los hijos, no puede improvisarse normas que no van a proporcionar soluciones adecuadas a esta conflictiva sin un trabajo técnico y sustentado.

- En cuanto al plazo establecido para la separación de hecho, ello debió generar una discusión más profunda, pues si bien se dictó en armonía con las disposiciones legales sustantivas ya vigentes, ergo concordancia con los plazos previstos para la separación convencional y de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, pensamos que pudo señalarse uno menor para las parejas que no tuvieran hijos.

3. Jaqueline Rosario Armas Meza (2010), presentó la investigación titulada “LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DE LA SEPARACION DE HECHO EN EL DERECHO PERUANO” en el programa de doctorado, sección de postgrado, de la UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES obteniendo el grado de doctor, en la que concluye:

1 La indemnización comentada, a pesar de lo que piensa una parte de la doctrina nacional, no es un tipo de responsabilidad civil, sino tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata específicamente de una obligación legal indemnizatoria impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, la “inestabilidad” o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho y así evitar el empeoramiento del cónyuge más perjudicado

2 El perjuicio económico de uno de los cónyuges no se traduce propiamente en un daño derivado de la responsabilidad civil, sino en una inestabilidad económica entre los dos cónyuges que impide que ambos rehagan su vida separada en un plano de igualdad.

3 Que la tendencia peruana en los últimos años en torno al tema del daño al proyecto de vida matrimonial y su respectiva reparación se sustenta en una correcta aplicación y comprensión del caso por parte del Juez.

4 Dada la diversidad de criterios que han sido adoptados para la resolución de estos temas clave será el manejo de términos y doctrina apropiada para cada uno de los casos que se ventilen y resuelvan.

5 Que luego de ver los criterios aplicables a los casos en los cuales se busca aplicar indemnización los criterios mayoritarios coinciden con los conceptos manejados por Fernández Sessarego lo cual trae uniformidad en la aplicación de

los mismos, mas esto produce un efecto negativo ya que limitaría el ámbito de aplicación de los criterios doctrinales más amplios que hagan que el derecho crezca en riqueza y aplicación.

6 La aplicación de la figura indemnizatoria en materia de divorcio por causal es una de las dificultades más latentes en la medida en que nuestro legislador ha regulado la figura del daño moral y daño a la persona sin manejar el verdadero alcance y naturaleza de dichas concepciones.

7 En torno al monto indemnizatorio, la judicatura nacional, no tiene uniformidad en el tratamiento de los montos como de los criterios a seguir hecho que evidencia un conocimiento superficial por parte de los jueces, lo cual afecta su desempeño y la seguridad jurídica.

8 No existe en el derecho nacional ni en el derecho comparado tablas de cuantificación, que nos permita establecer el quantum de indemnización al proyecto de vida matrimonial.

9 La falta o carencia de criterios de valoración y cuantificación del daño al proyecto de vida matrimonial lleva a soluciones inadecuadas, como es el pago de dinero excesivo o ínfimo conforme se ha podido apreciar del contenido de las casaciones emitidas por el órgano jurisdiccional.

10 Del análisis de las sentencias vemos que son pocas en la que se plasma un desarrollo jurisprudencial respecto de que es el daño al proyecto de vida matrimonial, limitándose a una somera enunciación o transcripción doctrinaria y dejándose a criterio del juzgador bajo el principio de equidad, el monto indemnizable.

4. García Briceño, Dante Eduardo (2014), presentó la investigación titulada “REFLEXIONES SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO, A LA LUZ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”, para optar el Título de Abogado en “Universidad de Piura”, en la que concluye:

PRIMERA. - 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 que, no se toma en cuenta el factor de atribución dolo o culpa de los

cónyuges. No obstante, el mismo es considerado para el otorgamiento de la indemnización.

SEGUNDA. - Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización estudiada, en España la pensión compensatoria tiene naturaleza indemnizatoria, por el contrario, en Argentina, tiene naturaleza exclusivamente alimenticia. En el derecho francés tiene naturaleza indemnizatoria y en el derecho italiano tiene una naturaleza jurídica mixta por tener elementos asistenciales, resarcitorios y compensatorios. En el Perú la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene naturaleza de responsabilidad civil familiar de tipo contractual, por ser un daño ocasionado en el interior de la familia, lo que se denomina daños endofamiliares.

TERCERA. - La indemnización o adjudicación proveniente de la sociedad de gananciales puede obtenerse cuando la misma se solicita expresamente en el petitorio, o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi.

CUARTA. - 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.

QUINTA. - 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.

SEXTA. - 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 cosa son sus sentimientos y aflicciones.

1.1.1.1.2. Antecedentes Internacionales.

En México:

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ WENDY (2015) en su tesis titulada “Análisis Sobre la Aplicación del Divorcio Incausado en el Estado De México”, sustentada en la Universidad Autónoma del Estado de México en el año 2013, entre sus conclusiones señaló:

Primera. - Se concluye que el matrimonio es una institución de carácter público, en la que un hombre y una mujer deciden compartir sus vidas, con la finalidad de realizar una familia, considerando también, que el matrimonio es un acto natural en el interviene la voluntad de las dos partes en la que se requiere una regulación legal para la creación de esta institución.

Segunda. - Durante el transcurso del tiempo, el matrimonio se ha considerado de tres formas; es decir, como contrato, como acto jurídico y como institución.

Tercera. - Para que el matrimonio exista debe de tener tres elementos, la voluntad, la solemnidad y el objeto.

Cuarta. - El matrimonio puede disolverse por tres causas, las cuales son: la muerte de alguno de los cónyuges, el carecimiento de alguno de los elementos de existencia y validez, que sean impedimento para la celebración del matrimonio y por último el divorcio.

Quinta. - Divorcio deriva de la palabra latina *divortium* y del verbo *divertere*, que significa irse cada uno por su lado, se puede decir que es la ruptura de un matrimonio por causas determinadas mediante resolución judicial, dando por terminada la relación matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Sexta. - En el Estado de México, se han conocido tres tipos de divorcio, siendo el divorcio el voluntario, el necesario, el administrativo, y actualmente el divorcio incausado.

Séptima. - En el Estado de México, no cabe duda, que el divorcio incausado ha motivado nuestra maquinaria legislativa, ha sido una figura que ha cambiado el concepto de divorcio en general.

En España:

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ (2015) en su Tesis Doctoral titulada ““EL DIVORCIO Y SU EXCEPCIÓN TEMPORAL DESDE UN ANÁLISIS DOGMÁTICO Y COMPARADO CONFORME A LOS CONTENIDOS DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO CIVIL”, sustentada en la Universidad Granada España en el año 2008, entre sus conclusiones señaló:

- 1ª. El divorcio es una constante histórica que tiene su origen fundamentalmente en el Derecho romano, en el que se llegó a configurar atendiendo a las diferentes épocas e influencias. La presencia del Cristianismo en Roma, sobre todo con Constantino, tuvo una notable incidencia en el recorte aplicativo de semejante institución.
- 2ª En la época moderna el punto de referencia en torno a este tema es el de las ideas ilustradas y la Revolución francesa que trasladan la forma de divorcio como disolución matrimonial por mutuo consentimiento y causal a su legislación con clara influencia en el resto de Europa. Para derivar luego, a propósito de la Ley Naquet, en el divorcio sanción.
- 3ª La Iglesia, fundamentalmente la católica, ha sido protagonista permanente en la historia del divorcio por su oposición, a veces radical, a semejante institución que entiende contraria a los principios básicos del matrimonio y un atentado al orden familiar.
- 4ª Desde un plano más conceptual la evolución ha pasado de la distinción entre divorcio vincular o no vincular, a la de sistemas causalistas, donde se incluyen las modalidades, más tradicionales, de divorcio-sanción, divorcio remedio, divorcio causal consensual, a la de sistema no causal, que puede ser consensual con plazos, unilateral con plazos o, incluso, consensual o unilateral sin plazos, éste último de difícil apreciación en las legislaciones analizadas.
- 5ª Basada en principios tan asumibles como el de libertad de los cónyuges, voluntad para decidir su estado marital, dignidad, libre desarrollo de la personalidad supone, a pesar de sus también carencias, un nuevo paso trascendente para situar la figura del divorcio dentro de las coordinas más integrales del Estado social y democrático de Derecho y posibilita nuevas respuestas a numerosas peticiones ciudadanas que reclamaban una aplicación más rápida, fácil y sustentada en sus propias voluntades.
- 6ª Su contenido, caracterizado por la autonomía del divorcio con respecto a la separación, lo que ya supone un interesante compromiso con las más

modernas *percepciones de aquél, se diversifica en las dos hipótesis de divorcio bilateral* consensual cuya acción se ejercita por mutuo acuerdo entre los dos o a petición de uno con el consentimiento del otro y de divorcio contencioso en ambos casos con la necesidad de plazo, tres meses, desde la celebración del matrimonio y sin concurrencia de causa alguna.

1.1.1.2. Bases Teóricas de las Categorías

1.1.1.2.1. Bases legales

▪ **Bases Legales de la Constitución Política del Perú**

En el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 se recoge el libre desarrollo de la personalidad:

"Toda persona tiene derecho a: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar."

Asimismo, en su Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos - Protección a la familia, prescribe lo siguiente:

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece en su segundo párrafo: "Promoción del Matrimonio":

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

▪ **Bases Legales del Código Civil de 1984.**

Nuestro Código Civil, promulgado por Decreto Legislativo N° 295, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, en su Capítulo Segundo (Divorcio), Título IV (Decaimiento y disolución del vínculo), Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia) trata sobre el tema del divorcio en los siguientes artículos:

"Artículo 248.- Diligencias para matrimonio civil

Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el Artículo 241, inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.

Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos.

En el capítulo quinto, referido a la Invalidez del Matrimonio:

“Artículo 318.- Fin de la sociedad de gananciales

Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

1. Por invalidación del matrimonio.
2. Por separación de cuerpos.
3. Por divorcio.”

“Artículo 319.- Fin de la Sociedad

Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.”

“Artículo 324.- Pérdida de gananciales

En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.”

En el capítulo primero referido a la Separación de Cuerpos, contenido en el TITULO IV sobre Decaimiento y Disolución del Vínculo, prescribe:

Artículo 332.- Efecto de la separación de cuerpos

La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

"Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

- 1) El adulterio.
- 2) La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
- 3) El atentado contra la vida del cónyuge.
- 4) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

- 5) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
- 6) La conducta deshonorosa que haga insoportable la vida en común.
- 7) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
- 8) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
- 9) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- 10) La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
- 12) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
- 13) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

“Artículo 334.- Titulares de la Acción de Separación de Cuerpos.

La acción de separación corresponde a los cónyuges.

Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica. A falta de ellos el curador especial representa al incapaz.”

“Artículo 335.- Prohibición de alegar hecho propio

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.”

“Artículo 336.- Improcedencia de separación de cuerpos por adulterio

No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.”

“Artículo 337.- Apreciación judicial de sevicia, injuria y conducta deshonrosa

La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.”

“Artículo 338.- Imprudencia de la acción por delito conocido

No puede invocar la causal a que se refiere el inciso 10 del artículo 333, quien conoció el delito antes de casarse.”

“Artículo 339.- Caducidad de la acción

La acción basada en el artículo 333, inciso 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.”

“Artículo 340.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos

Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, 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, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.”

“Artículo 341.- Providencia judiciales en beneficio de los hijos

En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos.”

“Artículo 342.- Determinación de la pensión alimenticia

El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.”

“Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional

En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340 último párrafo y 341.”

"Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio

Para invocar el supuesto del inciso 12 del 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.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.”

En el CAPÍTULO SEGUNDO referido al DIVORCIO, contenido en el TITULO IV sobre Decaimiento y Disolución del Vínculo, prescribe:

“Artículo 348.- Noción

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.”

"Artículo 349.- Causales de divorcio

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

“Artículo 350.- Efectos del divorcio respecto de los cónyuges

Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge, aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.”

“Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente

Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.”

"Artículo 354.- Plazo de conversión"

Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.”

“Artículo 355.- Reglas aplicadas al divorcio

Son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334 a 342, en cuanto sean pertinentes.”

“Artículo 356.- Corte del proceso por reconciliación

Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian.

Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346.

Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.”

“Artículo 357.- Variación de la demanda de divorcio

El demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación.”

“Artículo 358.- Facultad del juez de variar el petitorio

Aunque la demanda o la reconvencción tengan por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien.”

“Artículo 359.-Consulta de la sentencia

Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.”

“Artículo 360.- Continuidad de los deberes religiosos

Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.”

“Artículo 420.- Ejercicio unilateral de la patria potestad

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.”

“Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”

“Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.”

“Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

“Artículo 1986.- Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable”.

En el LIBRO IX, referente a Registros públicos, que contiene el Título IV, prescribe:

"Artículo 2030.- Registro Personal

Se inscriben en este registro:

- Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.

- El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación.”

“Artículo 2081.- Divorcio y separación de cuerpos

El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal.”

“Artículo 2082.- Causas y efectos del divorcio y separación de cuerpos

Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.”

Bases Legales del Código Procesal Civil Del Perú.

El Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo N° 768, vigente desde el veintiocho de julio del año 1993, establece en el capítulo pertinente las reglas procesales a las que deben sujetarse los procesos de divorcio, los cuales son los siguientes:

“Artículo 24.- Competencia facultativa.

Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:

2. El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad.”

Asimismo, en el Capítulo II, Subcapítulo 1, en relación a la separación de cuerpos o divorcio por causal.

“Artículo 480.- Tramitación.

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del Artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte."

“Artículo 481.- Intervención del Ministerio Público.

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen”.

“Artículo 482.- Variación de la pretensión.

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos”.

“Artículo 483.- Acumulación originaria de pretensiones.

Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”.

En el TITULO III del mismo cuerpo normativo, referente al PROCESO SUMARISIMO:

“Artículo 546.- Procedencia

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior”

"Artículo 573.- Aplicación supletoria

La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con el inciso 13 del Artículo 333 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo."

"Artículo 580.- Divorcio

En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional. El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte; y el alcalde o el notario que conoció del proceso de separación convencional, resolverá el pedido en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad."

"Artículo 677.- Ejecución anticipada y cese inmediato de los actos lesivos en asuntos de familia e interés de menores.

Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella."

"Artículo 680.- Administración de los bienes conyugales en casos de separación o divorcio.- En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad cónyuge."

1.1.1.2.2. Bases Teóricas

Dentro de las Bases Teóricas del presente trabajo, trataremos sobre los antecedentes del Divorcio en la Legislación Peruana, también sobre el Matrimonio, el Divorcio y sus causales, la Causal de divorcio por Separación de Hecho y la Indemnización del Cónyuge Perjudicado.

Una vez ingresados al tema de la Separación de Hecho, analizaremos como y cuando se establece esta causal y cuáles son sus consecuencias. Asimismo, analizaremos el tema principal de nuestro trabajo, como es la Indemnización del cónyuge Perjudicado y ahí desarrollaremos el tema de la responsabilidad legal, donde analizaremos cuales deben ser los criterios que debe aplicar un Juez al momento de establecer la indemnización del cónyuge perjudicado en las sentencias de divorcio.

De igual forma, analizaremos el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de la Republica, que trata sobre la Separación de Hecho.

1.1.1.2.2.1. El Matrimonio

1. Definición

Dentro de nuestra normatividad el artículo 132° del Código Civil de 1852 señalaba que “Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana (http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf), esta es la definición que le dio nuestro antiguo código. Diferente fue el Código Civil de 1936, que no presento una definición de matrimonio, pero si trato temas como los esponsales, impedimentos, consentimiento para el matrimonio de menores, celebración de este, prueba, nulidad, deberes y derechos, etc., esto dentro de los artículos 75° al 246°. (http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf)

El Código Civil de 1984, volvió a presentar una definición legal del Matrimonio en su artículo 234°, en el cual establece que: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.”(<http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>)

“Santo Tomás en su Summa Teológica señala que matrimonio "es la unión indiscutible y marital entre personas legítimas que observan una indivisible comunidad de vida". Ulpiano señala que es "unión del hombre y la mujer, implicando para los cónyuges indivisibilidad en su existencia", definición que se acoge en las Instituciones de Justiniano” (LOPEZ DIAZ, Carlos, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Editorial Librotecnia, 2005, pág. 134). La doctrina, también nos ha presentado una serie de definiciones del Matrimonio, entre ellas las del maestro Alemán Enneccerus define el matrimonio “como la unión de un hombre y una mujer, reconocida por ley, investida de ciertas consecuencias jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida” (ENNECCERUS, Ludwig et. al. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Volumen 1. Página 11) y, la de Portalis, allá a finales de 1700, definía el matrimonio como “una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”. (Borda, Guillermo A, TRATADO DE DERECHO CIVIL – FAMILIA, Tomo I, Abeledo-Perrot 199)

Azpiri, siguiendo a Busso, considera que el matrimonio es la unión solemne de un varón y una mujer, que constituyen una plena comunidad de vida arreglada a Derecho.

Para Cornejo Chávez el matrimonio, en lenguaje del Derecho, se usa como una palabra que designa el acto creador de la unión conyugal, esto es, el compromiso que asumen los contrayentes para cumplir los deberes que imponen el matrimonio como estado

2. Caracteres Jurídicos

El matrimonio como acto jurídico presenta un conjunto de caracteres que lo diferencian y lo hacen especial frente a las demás instituciones del Derecho Civil.

- Acto Jurídico

Crea relaciones jurídicas familiares, relaciones conyugales y un estado de familia generando un marco amplio de regulación, modifica el estado civil, el nombre,

extingue el régimen económico personal constituyendo el régimen económico matrimonial.

- **Institución Jurídica**

Es fuente principal de constitución de la familia. Se considera que sin el matrimonio no se concibe una comunidad familiar fuerte, estable y duradera, de allí que muchas veces se considere al matrimonio como sinónimo de familia.

- **Unión Heterosexual**

Hombre y mujer lo constituyen. Como pareja que se integran y complementan.

Cada quien da lo suyo, en reciprocidad y entrega, creando en conjunto su descendencia.

Se dice que el matrimonio entre personas del mismo sexo va en contra de las buenas costumbres y está sujeto a nulidad virtual contemplada en el artículo V del Título Preliminar y en artículo 219, inciso 8 del Código Civil.

Esta característica divide la doctrina en Brasil. La mayoritaria considera la diversidad de sexos más allá de ser una característica como un requisito para la realización del matrimonio. Gran parte de los juristas creen que el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser considerado como inexistente.

- **Perdurable**

No es admisible el matrimonio a plazo determinado lo que no resta posibilidad al hecho de la disolución del vínculo conyugal vía divorcio. Como dice Borda, en la institución hay siempre un íntimo y connatural sentido de permanencia.

- **Legalidad y Forma**

Su establecimiento y constitución están unidos a una forma que debe cumplirse, es la teoría de la celebración matrimonial, de allí que no todas las uniones sean matrimonios, mientras que todos los matrimonios implican necesariamente una unión.

- **Comunidad de Vida**

Involucra que los cónyuges deban hacer una vida en común, compartirse, entregarse mutuamente a fin de lograr la integración de la familia sustentada en vivencias.

Entendida como unidad conyugal, la comunidad de vida se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deberán compartir de un mismo destino:

Vivir bajo un solo techo, compartir la mesa y yacer en mismo tálamo, esto es, gozar no solo de las excelencias que brinda el hogar conyugal, sino también soportar el peso de la vida marital.

3. Naturaleza Jurídica

En ella encontramos tres posiciones bien marcadas respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio.

- **Teoría Contractualista.**– Tal como señala Héctor Cornejo Chávez, “esta concepción, como sin dejar de reconocer la importancia mucho mayor del casamiento respecto de los contratos en general, establece sin embargo que participa de todos los elementos esenciales de estos, y que le es por tanto aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento”. (Cornejo Chávez, Héctor, derecho de Familia Peruano, Tomo I, página 60)

Esta tesis se ampara en que el matrimonio es un contrato (PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho), una relación jurídica en la que prima la voluntad de las partes. Estas tienen libertad para decidir el aspecto económico, objetivos y fines del matrimonio. Este es una especie de contrato de adhesión dado que sus efectos están predeterminados en la ley, siendo imposible pactar en contra de ellos.

- **Teoría Institucionalista.** – El maestro Héctor Cornejo Chávez señala que “se quiere expresar con este nombre que el matrimonio se gobierna por un conjunto orgánico e indivisible de normas que determinan las condiciones y

requisitos, los deberes y derechos, las relaciones internas y exteriores de la sociedad conyugal, a las cuales deben someterse llanamente quienes desean casarse”. (Cornejo Chávez, Héctor, derecho de Familia Peruano, Tomo I, página 60)

El matrimonio, a diferencia de los contratos, no es el análisis que puedan realizar las partes para ver las ventajas o desventajas que acarrea este, sino es la respuesta del ser humano a su propia naturaleza que hecha a cada sexo en los brazos del otro por la potencia del instinto, la voluntad, esencial en los contratos, juega en el matrimonio un papel más limitado.

Esta teoría se contrapone a la tesis contractualista, ya que considera al matrimonio como una institución propia del ser humano esto es una institución natural. No es un contrato porque trasciende al efecto patrimonial ya que considera efectos personales.

- **Teoría Ecléctica.** - Esta teoría sostiene que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución, por lo que se dice que es un acto complejo, El maestro Cornejo señala que “mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución”. Se trataría de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido. En su nacimiento y conformación se encuentra la diferencia.

De acuerdo a esta teoría, el matrimonio tiene elementos que comparte con el contrato (manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades), pero no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente social que lo presenta como una institución.

Posición Conciliadora. - A nuestro razonar esta posición tiende a considerar la juricidad del matrimonio estando encuadrado más que como un contrato, como un perfecto acto jurídico de naturaleza familiar. Entendiendo ello, vemos que el matrimonio es un acto jurídico familiar, que tiene una trascendencia social importante, que justifica el rol tuitivo del Estado y el singular interés que le presta. Como acto jurídico de naturaleza bilateral, el matrimonio es de carácter complejo en la medida en que tiene una función de tipo constitutivo, lo que supone la declaración de voluntad del órgano estatal.

1.1.1.2.2. El Divorcio

1. Etimología

El termino divorcio puede devenir de la conjunción de dos términos de origen latino.

“Divortium, que implica la separación de una pareja para que cada una inicie una nueva etapa de sus vidas. (CABANELLAS, G. Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual).

Divortes, que implica una división” (BERMUDES TAPIA, Manuel Alexis, Divorcio y Separación de Cuerpos, Editorial Grijley, página 19)

2. Definiciones

El divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges. Según esto, puede decirse que el divorcio es la disolución legal y judicial del matrimonio, con carácter definitivo. En esa línea de ideas, Colin y Capitant señalan que: “El divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley. Esto es lo que se denomina divorcio vincular, y consiste en la disolución total, definitiva y perpetua del nexo conyugal”. (Castillo Freyre Mario, Análisis de la enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio, editorial Gaceta Civil, página 14)

3. Clases De Divorcio

La doctrina en su mayoría ha planteado las siguientes clases de divorcio:

- Divorcio Sanción

En esta clase de divorcios se considera a uno de los cónyuges o a ambos responsables del decaimiento y disolución del vínculo matrimonial por haber incumplido los deberes matrimoniales que les impone la ley, lo que trae como consecuencia la sanción del cónyuge culpable que se refleja en la pérdida de

patria potestad, de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, entre otros derechos.

En el divorcio sanción se busca al culpable y se le aplican sanciones, castigándolo. Un ejemplo del divorcio sanción es el impuesto en la legislación Brasileira, el cual se refleja en el artículo 1572 de su Código Civil, en el que se le aplica al cónyuge que propicio el divorcio las siguientes sanciones:

- a) Pérdida de la patria potestad (art. 340 del Código Civil).
- b) Pérdida del derecho hereditario (art. 353 del Código Civil, el cual redunda lo dispuesto por el artículo 343 del mismo Código).
- c) Pérdida del derecho alimentario (art. 350 del Código Civil).
- d) Pérdida del derecho de gananciales que procedan de los bienes del otro (arts. 352 y 324 del Código Civil).
- e) Pérdida del derecho al nombre (art. 24 del Código Civil).

- **Divorcio Remedio**

“Cuando la convivencia se torna intolerable, sin culpa de las partes, este divorcio busca una salida de crisis”. (Tratado de Derecho de Familia tomo II, Enrique Varsi Rospigliosi, página 324)

Mediante el divorcio remedio el Estado solo tiene el legítimo interés de proteger el matrimonio sano o el que puede ser recuperado y para esto la función del juez sería verificar si la relación matrimonial se ha roto de forma irreversible, en este caso para decretar el divorcio ya no sería de interés la culpa del cónyuge sino el estado en que se encuentra el matrimonio.

4. Características

El divorcio como institución de derecho de familia tiene las siguientes características:

- Es una institución que no es promovida por el ordenamiento jurídico peruano, tomando en cuenta el principio de promoción y conservación del acto matrimonial.

Así pues, se establecen causales cerradas y taxativas en virtud de las cuales se pueda acceder a esta institución de familia.

- Implica la disolución jurídica definitiva del vínculo conyugal.
- Extingue el estado de familia conyugal.
- Genera un nuevo estado de familia: divorciado(a)
- Extingue la sociedad de gananciales.
- Cuando no hay acuerdo de voluntades debe establecerse una causal. Cuando hay acuerdo de voluntades la disolución del vínculo conyugal se obtiene de manera indirecta, luego de un periodo de separación de cuerpos.
- Respecto de la filiación genera el desdoblamiento de los elementos de la patria potestad como la tenencia y el régimen de visitas.

5. Causales de divorcio

Las causales son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal.

Es todo acto u omisión, doloso o culposo, imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto matrimonial, permitiendo al cónyuge inocente utilizarla como sustento para requerir la separación de cuerpos o el divorcio.

5.1. El adulterio

El adulterio implica el hecho de que uno de los cónyuges no cumplió su deber de fidelidad y tuvo relaciones sexuales con otra persona de sexo opuesto. (BERMUDES TAPIA, Manuel Alexis, Divorcio y Separación de Cuerpos, Editorial Grijley, página 31)

El adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente. Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre, Por ejemplo, con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de éste, la prueba del concubinato público, etc.

Sobre esta causal debe considerarse que es improcedente su invocación si el cónyuge que la imputa provocó, consintió o perdonó el adulterio. La misma consecuencia se produce si media cohabitación entre los cónyuges con posterioridad al conocimiento del adulterio, lo que también impide proseguir con el proceso (artículo 336 del Código Civil).

De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por la causal de divorcio caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida (artículo 339 del Código Civil).

5.2. La violencia física y psicológica

La denominada violencia física está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro. Esta causal implica manifestación de violencia física lesiones graves y leves y violencia psicológica que se produzca, por parte de un cónyuge a otro. No se requiere que esta violencia sea constante o periódica, basta con un hecho particular identificable, porque esta situación vulnera la libertad y la dignidad del cónyuge inocente.

La violencia física

Es el uso de la fuerza física contra un cónyuge y que puede provocar diferentes niveles de lesiones. En los casos más graves estas lesiones pueden provocar feminicidio y el certificado de salud física lo puede determinar y acreditar.

La violencia psicológica

El daño síquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo, de carácter patológico, del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconocida magnitud. Este daño puede originar desde la relativa pérdida de autonomía negocial hasta limitaciones de diversa magnitud en el disfrute de la vida, sin dejar de mencionar las dificultades o la imposibilidad para acceder al trabajo, la pérdida de capacidad de la persona para valerse por sí misma, la perturbación experimentada en la vida de relación familiar y social, la repercusión en los afectos y en la creatividad, las depresiones e inhibiciones en general. El daño psicológico genera, por consiguiente, una

alteración de la personalidad del cónyuge, de su manera de proyectarse en la familia y en sociedad.

5.3. El atentado contra la vida del cónyuge.

En este caso, se trata del intento de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, sean o no comunes, y fuese el cónyuge el autor principal, cómplice o instigador.

El atentado contra la vida del cónyuge para se presente esta causal debe ser considerado desde la etapa de la tentativa, porque esta circunstancia constituye una grave situación para el cónyuge agraviado.

5.4. La injuria grave que haga insoportable la vida en común

La injuria grave consiste en toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común. (CABELLO, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999).

“La gravedad” a la que se hace referencia esta causal se califica en función de circunstancias subjetivas, inherentes a las personas de los cónyuges, su contexto familiar, social y cultural- de la causal de injuria el que legitima la imposibilidad del cónyuge agraviado de continuar o reanudar su vida conyugal.

5.5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

Es el alejamiento injustificado del domicilio conyugal sin existir una condición o causa que justifique dicha actitud. Que, en efecto, el simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causal de divorcio, se requiere además un factor de atribución subjetivo, consistente en que el ofensor sin causa que lo justifique se sustraiga a los deberes que la ley impone-a los cónyuges para asegurar los fines del matrimonio.

La jurisprudencia señala que el abandono debe reunir tres elementos , los que son: el objetivo, el subjetivo y el temporal; por el primero, se entiende la dejación material o física del hogar conyugal; por el segundo, que el cónyuge ofensor se

sustraiga intencionalmente al cumplimiento de sus deberes conyugales, es decir en forma voluntaria, intencional y libre; y por el tercero, que transcurra un determinado periodo de tiempo, que en sede nacional es dos años continuos o que la duración sumada de los periodos excedan a dicho plazo. (Casación N° 577-98/ Lima – Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica)

5.6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común

"La conducta deshonrosa como causal de divorcio importa la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto mutuos que deben existir entre marido y mujer para la armonía del hogar conyugal". (Ejecutoria Suprema del 23 de enero de 1984, Exp. 935-83 / Cuzco)

La conducta deshonrosa para ser causal de divorcio debe consistir en actos repetidos que atentan contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges.

5.7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía

La toxicomanía es definida como el hábito patológico de intoxicarse, mediante la absorción de determinadas sustancias, sin motivos terapéuticos, convirtiéndose en una necesidad irresistible, caracterizada por reacciones de acostumbamiento, de dependencia psíquica y fisiológica, que generan en el individuo lesiones físico-mentales de carácter irreversible.

El consumo de drogas conocido a nivel clínico terapéutico como el consumo de sustancias psicoactivas, entiéndase como tales de acuerdo al Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas aprobado por D.S. 82-94-PCM, del 3 de Octubre de 1994, a aquellas sustancias que ejercen su acción sobre el sistema nervioso central y que tienen la capacidad de producir transformaciones psíquicas.

Esta Causal se justifica "debido al grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas, en forma habitual en forma habitual..." (Expediente N° 144-98 Sala N° 6, Lima, 8 de abril de 1988)

5.8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio

La enfermedad venérea sufrida por uno de los cónyuges implica una grave amenaza para la familia, en cuanto a la salud del consorte sano y en relación a los problemas congénitos que usualmente produce en la prole. Es por ello que la ley a través de esta causal pretende proteger la salud física e incluso mental del grupo, más que sancionar la infidelidad del cónyuge con persona que le hubiera transmitido el mal, ya que para ese fin existe otra causal que es el adulterio

5.9. La homosexualidad después del matrimonio

Llamamos homosexual a un individuo que busca una pareja del mismo sexo y trata de lograr una satisfacción sexual con él. La homosexualidad es un problema de graves implicancias a nivel familiar, por frustrar la convivencia normal de los cónyuges e imposibilitar la realización del matrimonio y de sus fines.

Desde el punto de vista legal, la homosexualidad es considerada como causa de divorcio si es sobreviniente a la celebración del matrimonio, en tanto que, si es de origen anterior y desconocida por el cónyuge perjudicado, lo procedente es accionar por su invalidez, fundándose en la ignorancia de un defecto sustancial en el consorte (art. 277 inc. 5° del C.C.).

5.10. La condena de delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

El hecho delictuoso ha de ser grave, por ello la ley es exigente en cuanto al requerimiento de un tiempo mínimo de condena (son dos años), el que hace ameritable su invocación para obtener el divorcio.

Es, además, necesaria la concurrencia de otros elementos para que la causal pueda configurarse:

Que la condena sea firme, es decir, no basta la comisión certera del delito, sino que éste haya sido sancionada por el órgano jurisdiccional; estableciéndose su responsabilidad a través de una resolución que, por ser inamovible, no es susceptible de recurso impugnatorio alguno.

5.11. Imposibilidad de hacer vida en común

La imposibilidad de hacer vida en común, significa que el matrimonio se ha quebrado, que existe un fracaso irreparable, que el matrimonio no cumple con su función, que la relación solo resulta perjudicial, por lo tanto, no existe la correspondencia, la comprensión y la asociación voluntaria entre los cónyuges, lo que lleva a la imposibilidad de continuar con la vida matrimonial.

Es importante mencionar que algunos hechos que se manifiestan de manera frecuente en los casos de imposibilidad de hacer vida en común son: los abusos de uno de los cónyuges contra el otro, que se hayan tomado acciones judiciales, que no se cumplan con los deberes derivados del matrimonio, entre otros.

La causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (inciso 11 del artículo 333 del Código Civil) da lugar a un divorcio sanción, resultando aplicable la restricción del artículo 335 del Código Civil, que prescribe que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio.

La causal de imposibilidad de hacer vida en común, debe ser probada en un proceso judicial o en uno previo. En el proceso es importante determinar cuál el hecho que aparta a la pareja, que hace imposible continuar o reanudar la vida en común y quién en realidad habría provocado la ruptura. La invocación de la imposibilidad de hacer vida en común deberá ser hecha por el cónyuge agraviado del hecho o conducta y que, siendo incompatible con los deberes de los esposos, imposibilite realmente llevar una vida en común.

5.12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335º.

Es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, producida por la voluntad de uno o de ambos cónyuges. Es un estado por el cual los cónyuges, sin mediar decisión judicial, deciden quebrar el deber cohabitación de manera permanente, ya sea por voluntad de uno o de ambos cónyuges.

5.13. La separación convencional después de transcurrido dos años de la celebración del matrimonio

Es aquel que se produce como consecuencia de la libre decisión de los cónyuges de ponerle fin al vínculo matrimonial. A diferencia de lo que ocurre con los denominados divorcios-sanción, en este tipo de divorcio no existe un “culpable” de la separación (no existe un “infiel” o un “agresor”) sino que el divorcio se produce simplemente porque los cónyuges así lo han decidido en base a razones que no están obligados a ventilar.

Por esto último, a este tipo de divorcio también se le conoce como divorcio o separación por causas innominadas, debido a que los cónyuges no están obligados a exponer las razones del ocaso matrimonial ante los tribunales.

Ahora bien, debemos saber, que el divorcio por mutuo acuerdo o divorcio convencional, debe solicitarse de manera ULTERIOR al pedido de separación. Es decir, primero deberá solicitarse o demandarse la separación y luego, una vez aceptada, recién, se podrá hacer lo propio con el divorcio.

1.1.1.2.2.3. La Separación de Hecho Como Causal de Divorcio

1. Definición y Fundamento de la Causal de la Separación de Hecho.

La separación de hecho consiste, como su nombre lo expresa, en la separación fáctica entre cónyuges, quienes en la práctica dejan de compartir la vivencia conjunta de una relación conyugal. Esto engloba el dejar de hacer vida conjunta en el domicilio conyugal, el incumplimiento por un lapso de tiempo determinado de la cohabitación. Fue introducida en nuestra legislación a través de la Ley N° 27495, publicada en el diario oficial El Peruano, de fecha 7 de julio de 2001. Así se modificaron el Código Civil y el Código Procesal Civil, a fin de darle cabida. (Cárdenas Rodríguez, Luis, Separación de Hecho, la Jurisprudencia después del Tercer Pleno Casatorio Civil, El Divorcio, Editorial Gaceta jurídica, p. 129)

También la doctrina define la separación de hecho como la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente. Sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos.

(Azpiri. Jorge O. Derecho de Familia. Buenos Aires. Editorial Hammurabi S.R.L., 2000. p.256)

La Corte Suprema en reiterada jurisprudencia, ha definido la separación de hecho como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos, lo cual se puede desprender de la Casación N° 1120-2002- Puno, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la Republica entre otras.

Como se puede desprender de su definición, la separación de hecho se funda en el quebrantamiento de uno de los deberes principales del matrimonio, como es hacer vida común en el domicilio conyugal. Se trata de un acto de incumplimiento a 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 que se han generado los cónyuges dentro del matrimonio.

2. Naturaleza Jurídica de la Separación de Hecho

En la legislación nacional hay diversos autores que han coincidido en que la causal de separación de hecho pertenece a la categoría del divorcio remedio. Por lo tanto, se diferencia del divorcio sanción.

Nuestro sistema jurídico, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27495 y mediante el 3PCC, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias. De tal manera que el cónyuge culpable deberá indemnizar al cónyuge perjudicado por la separación.

Tratándose del divorcio remedio, el Juez solo se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas las conductas culpables imputables a alguno de ellos.

Asimismo, el divorcio remedio puede ser restringido cuando la ley lo condiciona a una situación objetiva que lo configura, o puede ser extensivo y se configura cuando comprende una causal potestativa descrita por el legislador o cuando alude a una situación de ruptura matrimonial sujeta a un análisis por parte del Juez.

La diferencia, entre el divorcio remedio y el divorcio sanción, radica en que el primero puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges, sin atender a la causal inculpatoria.

Hay posiciones doctrinarias como la de Tantalean que discrepan sobre la cual es la naturaleza jurídica de la causal de separación de hecho como figura jurídica perteneciente a la doctrina del divorcio remedio señalando que “se trataría de un supuesto de divorcio sanción, porque si no hubiera un cónyuge responsable no se podría establecer una indemnización, ni la pérdida de gananciales, ni la de los derechos hereditarios”. (TANTALEAN ODAR, Reynaldo; “Algunas cuestiones periféricas” en el Tercer Pleno Casatorio Civil”, en Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 176, N° 6, Lima, Mayo, 2013, pp. 48-58).

En mi opinión, la separación de hecho es una causal de naturaleza mixta ya que tiene características objetivas del divorcio remedio y subjetivas del divorcio sanción. Esto porque, no se toma en cuenta como factor de atribución el dolo o la culpa en la separación de hecho por parte de uno de los cónyuges para la concesión del divorcio, pero si para el otorgamiento de la indemnización. Esta opinión es la que se ha planteado también en la jurisprudencia nacional.

3. Elementos o Requisitos Configurativos de la Causal de Separación de Hecho

El Tercer Acuerdo Plenario de la Corte Suprema, señala que son tres los elementos que distinguen la causal de Separación de Hecho, y que se derivan de del artículo 12 del Código Civil, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: lo material, psicológico y temporal.

- Elemento Material

Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges, es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común.

Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones. Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N- 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: Este deber, llamado también 'deber de cohabitación', significa la

obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación -entre otros- que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo.

En el caso que, por razones económicas, los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su decisión a concretar su vida en común, lo cual se manifiesta en ocupar habitaciones distintas, manejar horarios distintos, y su único contacto de comunicación suelen ser los hijos. En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como -no habitar bajo un mismo techo", sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales, por lo que no se constituirá la causal de separación de hecho.

- **Elemento Psicológico**

Creemos que este elemento se presenta cuando no existe la voluntad de hacer vida en común entre los cónyuges, sea por decisión de uno de ellos o de ambos, Por el contrario, creemos que no se constituye la separación de hecho como causal de divorcio cuando esta se produzca por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio.

Goza de la misma opinión Plácido Vilcachagua cuando señala que la tercera disposición transitoria de la Ley 27495 debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se " justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros". (Plácido Vilcachagua. Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil. p. 48)

Sigue la misma posición Zannoni cuando señala que en el "proceso de divorcio deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanuda la convivencia por sobrevenir la falta de

voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges”. (Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil- Derecho de Familia. Tomo 2, p. 124)

- **Elemento Temporal**

El numeral 12 del artículo 333 del Código Civil establece para que se constituya la causal de separación de hecho un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. No se señala que señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan, cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno.

4. Diferencia con otras causales

La diferencia entre la separación de hecho y las otras causales contempladas dentro del divorcio sanción como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros, consiste en que la separación de hecho siendo la interrupción de la habitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin legación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, no requiere el actuar doloso o culposo de uno de los cónyuges, sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse a diferencia del denominado divorcio sanción, el cual si es inculpatario, por lo que debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

- **Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.**

La diferencia entre la causal de abandono justificado y la separación de hecho consiste en que, si bien la primera de las nombradas se configura con el

abandono material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales, sino que también se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la constitución de la causal de separación de hecho, ya que para que proceda esta causal se exige al conyugue que la interpone que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentaria.

- **Con la causal de Imposibilidad de hacer la vida en común.**

Esta causal se concibe como una causal abierta, ya que en ella se pueden incluir conductas no previstas en las demás causales tipificadas en el artículo 333 del Código Civil, aunque algunos se refieren a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que hace imposible hacer vida en común, esto es que el matrimonio no cumple con su función, que la relación solo resulta perjudicial, lo que trae como consecuencia la imposibilidad de continuar con la vida matrimonial. Para la configuración de esta causal, se tiene que dar el presupuesto que los cónyuges vivan juntos, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se sentencie la separación definitiva.

5. Efectos legales

La separación de hecho como causal de divorcio trae como primer efecto la disolución del vínculo matrimonial, lo cual se desprende del artículo 348 del Código Civil y el término de los deberes jurídicos, que derivan del matrimonio como son el de cohabitación, fidelidad y asistencia mutua, deberes que se encuentran descritos en los artículos 288 y 289 del Código Acotado. También trae consigo la extinción del régimen de sociedad de gananciales y provoca la extinción de la vocación hereditaria entre los cónyuges.

Otro de los efectos de la separación de hecho como causal de divorcio es que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo

mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria incluyendo el daño personal o puede adjudicar uno o varios bienes de la sociedad conyugal

1.1.1.2.2.4. La Indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho.

Dentro de nuestra legislación civil se ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio y separación de cuerpos. Un tipo de indemnización se aplica para los casos del divorcio sanción, el cual se sustenta en la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, por lo que ha esta clase de divorcios se le ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo tipo de indemnización, se refiere al divorcio remedio incorporado por la Ley 27495, en la cual se incorpora como causal de separación de cuerpos y de divorcio la Separación de Hecho, esto es el divorcio por causa no inculpatoria.

Para los efectos de este trabajo nos interesa desarrollar los aspectos relevantes a la indemnización en el divorcio remedio.

Estando, a que la causal de separación de hecho es un divorcio remedio, no es requisito el imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae el artículo 345 – A del Código Civil, lo que nos permite concluir que está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, cualquiera de los cónyuges tenga o no culpa.

Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, como si se presenta en la mayoría de causales señaladas en el artículo 311 del Código Civil, sino se trata del divorcio remedio; Pero la culpabilidad si puede ser invocada y probada como elemento trascendental para una decisión judicial respecto de la indemnización o adjudicación

1. Obligación Legal Diferente de la Responsabilidad Civil.

Con la sentencia recaída en el Tercer Acuerdo plenario se fijó como precedente vinculante lo establecido en su regla N° 6, por la cual se entiende que la indemnización o la adjudicación preferente señaladas en el artículo 345 – A del Código Civil, tienen la naturaleza de una obligación legal, cuyo fundamento no

está dado por la responsabilidad civil contractual ni por la extracontractual, sino por la equidad y la solidaridad familiar.

Por lo que se establece que la indemnización a que se refiere el mencionado artículo no se fundamenta en los elementos subjetivos de dolo o culpa que componen la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tiene una naturaleza de obligación legal.

Asimismo, en dicho pleno se estableció que para determinar la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

Como requisitos de procedencia de esta indemnización no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica.

Resulta necesario que para que proceda la indemnización la concurrencia de la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño personal con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí.

2. Relevancia de la Culpa.

Del considerando 61 del Acuerdo Plenario, se puede establecer que el dolo o la culpa no son presupuestos sine qua non de la causal de separación de hecho a efectos de ser favorecido con la indemnización. Sino que el que la culpa o dolo solo es relevante para efectos de determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto indemnizatorio a favor del cónyuge más perjudicado.

3. Indemnización y Adjudicación Preferente son Excluyentes.

Mediante el artículo 345-A del Código Civil el juez con el propósito de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, puede optar por dos alternativas excluyentes la indemnización u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado.

Aunque la mayoría de casos desemboca en una indemnización, existen ejemplos de adjudicación preferente de bien social a favor del cónyuge más perjudicado.

4. Perjuicios Indemnizables

También se ha establecido, que solo se indemnizan los perjuicios que se originan con ocasión de la separación de hecho producida mucho antes de la interposición de la demanda, y los perjuicios que se originen desde la nueva situación jurídica que se produzca con ocasión del amparo de dicha demanda; es decir, la situación creada con el divorcio mismo.

5. Daño Moral

Con respecto a los conceptos incluidos dentro de la indemnización, se establece en el Tercer Acuerdo Plenario en su regla número dos con carácter de precedente vinculante que el daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

En consonancia con lo anterior, se ha indicado que el daño producido comprende el daño moral, configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos o estados depresivos que padece la persona, en este caso, el cónyuge más perjudicado.

6. Monto Indemnizatorio

En este punto se considera que se puede determinar, con base en parámetros objetivos, el quantum indemnizatorio. Así, se podrá tener en cuenta, entre otros factores, las edades de las personas perjudicadas, la duración del perjuicio, la capacidad económica del causante del daño, y las demás situaciones particulares de la víctima del daño.

7. Criterios para Otorgar Indemnización o Adjudicación del Bien al Cónyuge Perjudicado

La sentencia recaída en el Tercer Pleno Casatorio Civil en su regla N° 4 señala los criterios a seguir para otorgar la indemnización o adjudicación de bienes del proceso deben verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez para imponer la indemnización, apreciara en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias:

a) El grado de afectación emocional o psicológica;

“El maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que los sujetos significativos de quienes depende el maltratado lo hacen sentir mal, descalificado, humillado, discriminado, ignorando o menoscabando sus sentimientos, sometiéndolo a su voluntad o subordinándolo en distintos aspectos de su existencia que inciden en su dignidad, autoestima o integridad psíquica y moral.

Ejemplos de maltrato emocional son el abandono emocional, la falta de empatía, la descalificación, la violencia verbal, los insultos, las amenazas, el control excesivo, la extorsión afectiva, la culpabilización, la presión económica, los sarcasmos, la coerción, las críticas destructivas, el desprestigio de los vínculos del sujeto (descalificación de sus amistades, familiares o pareja), el aislamiento emocional, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico”. (https://es.wikipedia.org/wiki/Maltrato_emocional)

b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.

Otro criterio que se debe tomar en cuenta para otorgar la indemnización del cónyuge perjudicado es verificar quien de los cónyuges va tener la tenencia o la custodia de los hijos menores, ya que esta situación va ser que el cónyuge que la ostenta vea distraído parte de su tiempo y energía en favor de sus hijos y tenga la necesidad de dedicarse al hogar, cosa que no sucederá con el cónyuge que no ejerza la tenencia.

c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;

El hecho de que el cónyuge que no tenga la tenencia de los hijos no cumpla con el pago de la pensión de alimentos, va traer un perjuicio para los hijos y para el cónyuge perjudicado, ya que este va tener que asumir la obligación económica que el otro cónyuge dejó de asumir.

- d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.**

Esta situación se puede presentar porque el cónyuge perjudicado ayuda al desarrollo del otro cónyuge, perjudicando su propio patrimonio y su desarrollo personal, lo que recién se refleja al darse la separación de hecho, lo que ameritaría la indemnización por parte del cónyuge beneficiado.

Además, de los criterios que se han tomado en consideración en el Tercer Pleno Casatorio, creemos que se deben tomar en cuenta también los siguientes:

- e) La situación laboral de los cónyuges.**

El hecho de que un cónyuge laboree tiempo completo y el otro cónyuge se encuentre desempleado o se dedique a trabajar medio tiempo porque también tiene que dedicarse a actividades del hogar, nos muestra cuál de los dos cónyuges puede ser el más perjudicado por la separación de hecho.

- f) El Régimen Patrimonial dentro del Matrimonio.**

En el caso de la sociedad de gananciales puede compensar el apoyo del cónyuge que se dedica al hogar al que trabaja en la adquisición de bienes comunes (en ese sentido pueden compensarla falta de ingresos por no haber tenido una actividad lucrativa propia). Pero el costo de la oportunidad laboral, la pérdida del derecho de alimentos, del sistema de salud, de una pensión de sobrevivencia, no quedarán suficientemente compensados por la distribución de los gananciales, por lo que deberán computarse aparte para evaluar la indemnización a establecer.

- g) Decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos.**

Se compensará económicamente cuando el cónyuge perjudicado no pudo desarrollar actividad lucrativa durante el matrimonio como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

h) Situación previsional y de seguridad social.

Es necesario que el Juez equilibre los patrimonios de los cónyuges, tomando en cuenta su situación actual conforme a su situación pasada- para proyectar hacia el futuro su situación previsional y de salud.

i) Duración de la vida común de los cónyuges, incluida la anterior al matrimonio.

La razón de este criterio se da, debido a que mientras más larga haya sido la convivencia es mayor la posibilidad que uno de los cónyuges desarrolle dependencia de la economía familiar y mientras más corta sea la convivencia el cónyuge débil, tiene mayores posibilidades que en un tiempo menor se reponga de las decisiones tomadas dentro del matrimonio y supere su inestabilidad económica.

j) Probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar actividad lucrativa.

Mediante este criterio se tiene que analizar las probabilidades de acceso al mercado laboral tienen los cónyuges, puede que sus posibilidades sean mínimas, esto debido a la edad, a la falta de preparación profesional, a la salud, esto como consecuencia a que todo el tiempo se dedicó a la atención del hogar conyugal y al cuidado de los hijos.

k) Estado de salud físico y mental.

El presente criterio, va ser tomado en cuenta no solo como consecuencia de la separación de hecho, sino a la real situación de salud que se encuentra el cónyuge perjudicado, esto por la obligación que asumieron los cónyuges al momento de contraer matrimonio.

l) Colaboración para la conclusión de estudios o perfeccionamiento de los mismos.

Esta situación es la que se planteó por el demandante en el Tercer Pleno Casatorio, creemos que si ha existido colaboración por parte de uno de los

cónyuges para la conclusión de estudios del otro cónyuge esta situación debe ser materia de indemnización en caso de separación de hecho.

8. Pronunciamiento sobre existencia o inexistencia de cónyuge perjudicado.

La regla N° 3.4 con carácter de precedente vinculante establece que en todo caso el juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes, según se haya formulado y probado la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existieran elementos de convicción necesarios para ello.

9. Evaluación de oficio

El pronunciamiento de oficio también es admitido como precedente vinculante en las reglas 2, 3.2 y 4.

En consonancia con ello, se concluyó que se debe evaluar de oficio la existencia del cónyuge perjudicado, ya que el artículo 345-A del Código Civil regula como regla procesal la fijación de oficio de una indemnización basada en el estado de cónyuge perjudicado de una de las partes, como consecuencia de la separación de hecho.

10. Deber de motivación

Se ha indicado, asimismo, que aun cuando la norma faculte al juzgador a señalar una indemnización o, en su defecto, a ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, dicha facultad no puede estar desprovista de la motivación que toda resolución judicial debe contener, sobre todo si se trata de desestimar dicha pretensión indemnizatoria.

1.1.1.3. Definición de Términos Básicos

El Matrimonio. - El artículo 234 del Código Civil define el Matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El Divorcio. - Mario Castillo Freyre define al divorcio como la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efecto tiene que ser declarado por el órgano jurisdiccional competente previo proceso iniciado por uno de los cónyuges.

Separación de Hecho. - Nos dice Luis Cárdenas Rodríguez que la Separación de Hecho “consiste en la separación fáctica entre cónyuges, quienes en la práctica dejan de compartir la vivencia conjunta de una relación conyugal. Esto engloba el dejar de hacer vida conjunta en el domicilio conyugal, el incumplimiento por un lapso de tiempo determinado de la cohabitación”. (Luis Cáceres Rodríguez, La Separación de Hecho – La Jurisprudencia después del Tercer Pleno Casatorio Civil).

La Responsabilidad Civil.- Díez-Picazo define la responsabilidad como «la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

Acuerdo Plenario Jurisdiccionales. - Los Acuerdos Plenarios Jurisdiccionales constituyen reuniones de Magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes Superiores de Justicia del país, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; con la finalidad que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine el criterio más apropiado para cada caso concreto.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1 Problema General

¿Cuáles son los criterios que se deben aplicar para establecer la indemnización del

cónyuge perjudicado?

1.2.2 Problemas Específicos

¿En qué medida la separación de hecho genera la indemnización del cónyuge perjudicado?

¿Cuál es el marco legal en la separación de hecho para la indemnización del cónyuge perjudicado?

¿Cuál es el marco legal en la separación de hecho para la Adjudicación de bienes del cónyuge Perjudicado?

1.3. JUSTIFICACIÓN

Desde siempre, la familia “constituye, más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de amor y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad.”

En estas últimas décadas se aprecia que la familia como núcleo principal de la sociedad se ha venido deteriorando, lo que ha traído como consecuencia la destrucción del hogar de familia. Este problema que se ve reflejado en la situación de crisis que en que se encuentra la sociedad y que ha generado que en muchas sociedades se presenten hogares disfuncionales que traen como consecuencia la destrucción de la familia y por consiguiente el perjuicio de sus miembros.

En el Cono Sur de Lima, que comprende los distritos de San Juan de Miraflores, Villa María del Triunfo, Villa el Salvador, Lurín y Playas del Sur, en los últimos tiempos se viene acrecentando los divorcios. Estos se vienen presentado por diversas causales, todas ellas establecidas en el artículo 333 del Código Civil. Por ello, la presente investigación indagará sobre la Causal de Separación de Hecho en Relación con la Indemnización del Cónyuge Perjudicado.

En conclusión, debemos indicar, que sobre este tema recién se intenta unificar criterios por parte de las Judicaturas al momento de establecer las Indemnizaciones a favor de los cónyuges perjudicados en los casos de Separaciones de Hecho. Por lo que pensamos que nuestra investigación aportara conclusiones que deberán ser de tomadas en cuenta por los órganos Jurisdiccionales y la doctrina.

1.4. RELEVANCIA

Este trabajo es importante, porque dentro de nuestra sociedad a la fecha se presentan muchos casos de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho y esto trae como consecuencia que uno de los cónyuges y sus hijos se vea perjudicados por esta situación, perjuicios que no solo comprende el económico, sino también el moral y personal. Si bien este daño producto en muchos casos por el alejamiento de uno de los cónyuges del hogar familiar y del incumplimiento de su responsabilidad como padre no puede ser reparado inmediatamente, creemos que si se debe obligar a que el cónyuge generador del perjuicio, otorgue una indemnización al cónyuge perjudicado por el daño producido, lo principal sería en establecer por parte de los Jueces, los criterios para valorar el monto de indemnización que se tiene que otorgar al cónyuge perjudicado.

1.5. CONTRIBUCIÓN

Mediante el presente trabajo contribuiremos con definir cuáles son los criterios que deben aplicar los Magistrados para establecer la indemnización del cónyuge perjudicado en el Divorcio por Separación de Hecho.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. Objetivo General

Determinar si el incurrir en separación de hecho genera indemnización del cónyuge perjudicado.

1.6.2. Objetivos Específicos

Objetivo No 1 - Evaluar en qué medida la separación de hecho genera la indemnización del cónyuge perjudicado.

Objetivo No 2 - Identificar cuál es el marco legal en la separación de hecho para la indemnización del cónyuge perjudicado.

Objetivo No 3 - Establecer cuál es el marco legal en la separación de hecho para la Adjudicación de bienes del cónyuge Perjudicado.

II. MARCO MÉTODOLÓGICA

2.1. SUPUESTOS DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Supuestos Principal

El incurrir en causal Separación de Hecho genera indemnización a favor del cónyuge perjudicado.

3.1.2. Supuesto Secundario

El incurrir en la causal de separación de hecho genera menor responsabilidad civil frente a las otras causales de divorcio que reconoce nuestra legislación civil.

2.2. CATEGORÍAS

2.2.1. Categorías del Supuesto Principal

- El Divorcio
- La Separación de Hecho
- La Indemnización

2.2.2. Subcategorías de los Supuestos Secundarios

- Elementos jurídicos, normativos y doctrinarios relacionados a la Separación de Hecho y de la Indemnización.

2.3. TIPO DE ESTUDIO

Nuestra investigación tendrá un carácter cualitativo y exploratorio, porque está dirigida a descubrir y reformular preguntas de investigación, En esta posición no se prueban hipótesis por lo que se prescinde del uso de variables. Además, la recolección de datos como la presentación de los resultados de esta investigación se traducirá en análisis y crítica a las instituciones jurídicas, así como al fortalecimiento de dichas instituciones. Con relación al diseño de nuestra investigación será de tipo seccional, ya que lo que pretende es el análisis y observación de los criterios jurídicos que han generado el hecho estudiado para buscar plantear una mejora en la ley.

Estando a que no manipularemos variables nuestra investigación será una de

Tipo No Experimental. Por lo que proponemos un análisis de la ley basándonos en las técnicas jurídicas, analizando su contenido, los criterios doctrinarios y jurisprudenciales como consecuencia de dicha normatividad legal.

2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

En relación al diseño propiamente dicho de la investigación esta será, de tipo seccional pues lo se busca es la observación y análisis de los componentes jurídicos que han generado el hecho estudiado en un momento del tiempo, para finalmente plantear una propuesta jurisprudencial.

2.5. ESCENARIO DE ESTUDIO

En el presente trabajo no hablamos de un escenario de sujetos o poblaciones, sino más bien nuestro escenario será el estudio de la normatividad referente al divorcio y principalmente al divorcio por separación de hecho y a la indemnización que se le debe otorgar al cónyuge perjudicado.

2.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS

Respecto a los sujetos inmersos en la presente investigación, es importante identificar a los cónyuges que son los que conforman la familia que va ser materia del divorcio por la causal de separación de hecho y que va originar que se le indemnice al cónyuge perjudicado y nos permita analizar cuáles son los criterios que tienen que tener los jueces al momento de favorecer con la indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho.

Atendiendo que el enfoque cualitativo, no determina población o universo, en la presente investigación se tiene como supuesta población a los cónyuges los cuales son parte en el divorcio por causal de separación de hecho, por lo que se va tener que identificar entre ellos al cónyuge perjudicado para poder indemnizarlo, lo que va lleva a analizar cuáles son los criterios para establecer el monto de la indemnización, criterios que vamos a plantear en el desarrollo y conclusiones de nuestro trabajo.

2.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA

Nuestro trabajo, desarrollará un tipo de metodología básica ya que tiene como propósito interpretar la ley referente a la Separación de Hecho lo que permitirá realizar el análisis de los antecedentes históricos, doctrinarios y jurisprudenciales de las decisiones emitidas por los Magistrados en los divorcios por causal de Separación de Hecho. También nuestro trabajo será teórico-doctrinario ya que estudiaremos la institución jurídica del divorcio – separación de hecho - y su normatividad legal.

2.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las principales técnicas de recolección y análisis de datos que se empleará en el desarrollo de esta investigación son tales como:

- a. **Análisis de fuente documental:** Se hará un exhaustivo análisis documental de las disposiciones, resoluciones, estudios de expedientes, conocimiento de la casuística actual, las cuales se reflejarán en las conclusiones. Se recopilará a su vez información de las investigaciones, y en el caso del presente proyecto se indagará la doctrina en materia del Derecho de Familia.
- b. **Análisis de jurisprudencia:** En aplicación de esta técnica de recolección y análisis de datos se seleccionará la jurisprudencia existente a nivel juzgado de Familia sobre la indemnización del cónyuge perjudicado por la separación de hecho
- c. **Análisis de normas:** En aplicación de esta técnica se analizarán las diversas normas nacionales y de derecho comparado relativos al tema objeto de investigación, es decir, la búsqueda de la verdad y las redes sociales en el proceso penal.

Instrumentos de Recolección de Datos

Los instrumentos de recolección y análisis de datos que se emplearán en el desarrollo de esta tesis son las siguientes:

- a) **Ficha de análisis de fuente documental:** A fin de hacer efectiva la técnica de análisis de fuentes documentales se aplicará este instrumento, de modo tal

que permitirá la selección y análisis de las diferentes fuentes documentales que no sean normas, entrevistas o jurisprudencias, toda vez que estas fuentes documentales ya están siendo analizados en otros instrumentos y técnicas específicas.

b) Ficha de análisis de normas: Esta ficha de recolección y análisis de datos permitirá al investigador recopilar fuentes normativas nacionales y extranjeras sobre el problema de investigación, pues la finalidad de este instrumento es permitir el análisis profundo y detallado de las normas, por lo que esta ficha estará compuesta por detalles de las normas, ya sea por tipo de norma, procedencia, texto de la norma, análisis, crítica y las correspondientes conclusiones.

2.9. RIGOR CIENTÍFICO

En el presente trabajo demostraremos que no existen criterios básicos para poder establecer la indemnización que se le debe otorgar al cónyuge perjudicado por un divorcio por causal de separación de hecho y además demostraremos que los Jueces no tienen bien definidos sus criterios al establecer la indemnización de los cónyuges perjudicados, existiendo en muchos casos contradicciones en la Jurisprudencia. Por lo que postulamos a definir criterios básicos para la aplicación de la indemnización del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho.

2.10. ASPECTOS ÉTICOS.

La presente investigación se desarrolla bajo los parámetros estipulados, resaltando la imparcialidad sobre la materia en mención; por consiguiente, el acatamiento al método científico utilizado estructurado por lo que la presente investigación se halla dentro del marco cualitativo, considerando las indicaciones brindadas por el asesor metodológico y el esquema propuesto por la Universidad. Del mismo modo, el uso adecuado de las directivas estipuladas en el APA- American Psychological Association.

III. JURISPRUDENCIA

[Casación 1737-2015, Tacna]

No hay separación de hecho si esposo se retiró del hogar por mandato judicial.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACIÓN N^a 1737-2015, TACNA

Divorcio por causal de separación de hecho

Lima, trece de octubre de dos mil quince

Vista la causa número mil setecientos treinta y siete del dos mil quince, con sus expedientes acompañados, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

En el presente proceso de divorcio por causal de separación de hecho, la demandante, **Dominga Vanegas Pataca**, ha interpuesto recurso de casación

(página trescientos cincuenta y uno), contra la sentencia de vista de fecha veinticinco de marzo del dos mil quince (página trescientos treinta y seis), dictada por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha diez de setiembre del dos mil catorce, página doscientos cuarenta y cuatro, que declara fundada la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Por escrito de página treinta y tres, **Dominga Vanegas Pataca**, interpone demandas acumuladas de: a) divorcio por causal de separación de hecho; b) indemnización de daños y perjuicios, consistente en la adjudicación de los gananciales que corresponde al demandado; c) fijación de alimentos a favor de la demandante por ser cónyuge perjudicada con la separación de hecho; d) liquidación de bienes gananciales.

Alega como sustento de su pretensión que a los quince años empezó a convivir con el demandado, quien tenía treinta y siete años; refiere que a lo largo de ese tiempo la hizo abortar en varias oportunidades, sin embargo, a los diecinueve años quedó embarazada nuevamente y decidieron casarse; siendo que en la ceremonia se enteró, por el alcalde, que el demandado estaba casado en Arequipa y tenía dos hijos. Indica que posteriormente compraron un lote en el CP, Augusto B. Leguía Manzana O, lote 31, donde vive actualmente, y que en el transcurso del matrimonio el demandado cambió de comportamiento, volviéndose indiferente y agresivo con ella y con sus hijas. Señala que el demandado tuvo un hijo extramatrimonial, y como estaba enfermo se quedó a cuidado de la demandante, a quien incluso llamaba mamá, cambiándosele la partida, llamando al menor **Jesús Roque Vanegas**, lo que no es verdad, pues no es su hijo.

Agrega que el demandado ocasionó un quiebre en la unidad familiar pues hacía diferencias en sus hijos, le daba todo al niño, mientras a sus hijas no. Además, cuando su hija Marlene tenía seis años, sorprendió al demandado abusando de ella sexualmente. Luego de ello, apareció otro hijo extramatrimonial, **David Roque Capacute**, de quien tuvo también que hacerse cargo por mandato de su esposo. Aduce que el demandado hizo abandono de hogar el año mil novecientos

noventa y ocho para irse a trabajar con su sobrino y dos hijos a la Avenida Bolognesi en Tacna, y cuando ella iba a visitar la botaban: el motivo era que estaban viviendo con otra pareja. Después, el demandado y sus hijos se apropiaron de la casa para montar un taller dental, pidiéndole su esposo que abandone la casa, cambiando la chapa y afectando psicológicamente a sus hijas. Por ese motivo, entabló proceso judicial (Expediente N° 398-2003) ordenándose al demandado que se retire del hogar.

Agrega que después de ello el demandado no ha vuelto al hogar, abandonándola, tampoco se somete a terapias familiares, configurándose la causal de separación de hecho. Respecto a la causal de separación de hecho indica que ella se ha producido desde el cinco de abril del dos mil cuatro, fecha en que fue retirado del hogar conyugal por causar violencia familiar y psicológica, y causar la imposibilidad de hacer vida en común. Además el demandado ha formado otro hogar con la madre de sus hijos varones. Respecto a la indemnización por daños y perjuicios señala que es deber del juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de alimentos que le pudiera corresponder.

Indica que se ha dañado su proyecto de vida pues quería ser profesional, útil a la sociedad, sin embargo, se dedicó a ser ama de casa, se casó a una escasa edad con el demandado y por el actuar de éste su vida matrimonial se truncó, no habiendo este ayudado con los alimentos para sus hijas, ni para ella. Respecto a los alimentos solicita una pensión alimenticia no menor de S/. 1,000.00 mensuales, atendiendo a que el juez en su función tuitiva debe velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, atendiendo además que el demandado tiene en su poder todo el patrimonio generador de utilidades.

Respecto a la liquidación de bienes precisa que han adquirido durante el matrimonio: a) una casa de dos pisos, donde habita con sus hijas, bien que solicita se le adjudique por indemnización de daño moral y daño a la persona; y, b) un lote de un piso, en donde existe una vivienda construida y morada actual del demandado junto a sus hijos varones, dicho bien se encuentra sin título y a nombre de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal, bien que también constituye un bien social adquirido durante la vigencia del matrimonio y

por ende es un bien social. Sobre la tenencia, señala que sus hijas son mayores de edad.

2. REBELDÍA

Mediante resolución número siete de fecha diez de agosto del dos mil doce se declaró rebelde a la parte demandada **David Roque Ramos**.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS

No se fijaron puntos controvertidos por tener la parte demandada la condición de rebelde.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Seguido el trámite correspondiente el Juez del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna, por sentencia de fecha diez de setiembre del dos mil catorce, obrante en página doscientos cuarenta y cuatro, resolvió declarar fundada la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho y disuelto el matrimonio civil; fundada la misma demanda respecto a la pretensión acumulada de indemnización de daños y perjuicios, por tanto, en vía de adjudicación de los mismos, se le entregue a la demandante **Dominga Vanegas Pataca** el inmueble ubicado en el Centro Poblado Menor Augusto B. Leguía, manzana O, lote treinta y uno de Tacna; infundada la misma demanda en cuanto se refiere a la pretensión de cobro de alimentos; y respecto a la patria potestad, alimentos y tenencia y régimen de visitas no es menester pronunciarse debido a que las hijas de los justiciables son mayores de edad.

La sentencia expresa que, si bien el demandado fue retirado del hogar conyugal, por causa de violencia familiar en su modalidad psicológica y causar la imposibilidad de hacer vida en común, el mandato judicial ordenó su retiro por el plazo de sesenta días, siendo ampliado por otros sesenta días, posteriormente a tres meses más, no habiendo retornado al hogar el demandado, por cuanto su pedido de reingreso fue declarado improcedente, no habiendo apelado de esta

resolución, demostrando con su actitud que no quería seguir viviendo con la demandante, quedando acreditado que los justiciables no hacen vida en común ni comparten el lecho matrimonial más de dos años. Agrega que la actora tenía veintiséis años al casarse, y no quince, por lo que no se puede pedir resarcimiento de hechos que no se dan dado dentro del matrimonio.

Respecto al argumento de la violencia familiar sostiene que ello se acredita con el expediente acompañado; así como que quedó al cuidado de las hijas, encargándose la demandante de la manutención de ellas y del cuidado de su integridad moral, psíquica y física, por lo que resulta atendible entonces disponer preferentemente la adjudicación del bien.

5. APELACIÓN

Por escrito de página doscientos sesenta y dos, David Roque Ramos interpone recurso de apelación, alegando que está plenamente acreditado que fue por orden judicial que fue retirado del hogar conyugal, siendo que a pesar de haber solicitado el retorno al hogar y retomar la vida conyugal, y hacer una vida en común, la demandante se ha opuesto. Por tanto, el retiro no puede considerarse como supuesto de separación de hecho, cuando es la actora quien se niega a hacer vida en común. Aduce que no se ha causado daño a la demandante, pues a su retiro del hogar sus hijas ya contaban con mayoría de edad, por lo que es la demandante quien se ha beneficiado, porque por más de diez años viene usufructuando la totalidad del inmueble que han adquirido en el matrimonio, una casa de dos pisos totalmente terminada, alquilando las habitaciones, percibiendo una renta superior a mil quinientos soles mensuales.

Sostiene que es una persona de setenta y nueve años de edad que vive de la caridad de las personas. Mediante escrito de página doscientos sesenta y ocho la demandante Dominga Vanegas Pataca también apeló la sentencia, alegando que no se ha motivado debidamente el extremo por el cual se ha desestimado la pretensión de alimentos. Señala que desde que el demandado se retiró del domicilio conyugal no cumplió con acudirles con suma de dinero alguna para poder subsistir y fue ella quien tuvo que hacer de madre y padre de sus hijas, habiendo solicitado judicialmente alimentos.

6. SENTENCIA DE VISTA

Mediante sentencia de vista de fecha veinticinco de marzo del dos mil quince, obrante en página trescientos treinta y seis, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tacna, revocó la sentencia de primera instancia y reformándola la declaró infundada; considerando que en el Expediente N° 3982003 sobre violencia familiar, se dispuso el retiro del hogar del demandado David Roque Ramos y sus hijos, mandato que fuera efectivizado el cinco de abril del dos mil cuatro, inclusive se advierte que el cumplimiento del retiro se realizó por ejecución de mandato judicial, e, incluso, tuvo que asistir la secretaria del primer juzgado de familia, con la finalidad de lograr que el ahora demandado desocupe el inmueble, lo que demostraría que el demandado no ha tenido la voluntad de sustraerse de su obligación marital, acreditándose la ausencia del elemento subjetivo, indispensable para la configuración de la causal de separación de hecho.

Agrega que la demandante se opuso a que el demandado retorne al hogar, inclusive cuando se declaró fundada la solicitud de reingreso del demandado, la decisión fue apelada por la demandante, logrando que se anule, y al emitirse nuevo pronunciamiento se declaró improcedente el pedido de reingreso. Respecto a la apelación de la demandante del extremo de alimentos, al ser ésta una pretensión accesoria, debe desestimarse, pues se está desestimando la principal.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha diecinueve de junio de dos mil quince, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante Dominga Vanegas Pataca, por infracción normativa de los artículos infracción normativa de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado; infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil y apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio (Casación N° 4664-2010-Puno).

IV. MATERIA EN CONTROVERSIA

Es materia de debate determinar si se han incumplido las reglas del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales, así como si se ha incumplido el precedente vinculante establecido en el Tercer Pleno Casatorio.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA

Primero. - La recurrente denuncia infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política, señalando que no se han tenido en cuenta los hechos expuestos en la demanda y que el demandado no ha creado un clima para la inserción al hogar conyugal; por ello, la justicia no puede obligarla en dichas condiciones a hacer vida conyugal con el demandado, sino que debe ver el aspecto social y bienestar de la recurrente. Añade que se ha creado una presunción relativa de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda puesto que el demandado está en condición de rebelde y se ha faltado al debido proceso porque conforme a lo normado por el artículo 345-A del C.C. debe otorgarse indemnización por daño moral al cónyuge perjudicado.

Segundo. - En torno a la primera infracción normativa denunciada debe señalarse que el debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten unos determinados requisitos mínimos. Tales requisitos, que han sido objeto de discusión en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa); (ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas. En el presente caso, se advierte que ninguno de los derechos antes enumerados se le ha negado a la demandante, no

debiéndose confundir el desacuerdo con una resolución judicial con infracción a las reglas del debido proceso; más aún si el recurso no expresa las razones determinantes que denotan violación a este derecho fundamental, limitándose a afirmaciones imprecisas y de orden probatorio ajenas a sede casatoria. Finalmente, debe indicarse que lo prescrito en el artículo 461 del Código Procesal Civil (referido a los efectos de la declaración de rebeldía) no resulta relevante en el presente caso, pues la sentencia impugnada se fundamenta en la inexistencia de uno de los elementos de separación de hecho, por lo que es, sobre tal punto, que debe girar el presente debate.

Tercero. - Asimismo, la recurrente expresa que existe infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política, pues la sentencia impugnada no ha meritado los expedientes de alimentos, el expediente penal y el de violencia familiar, en el que se evidencia la conducta irrecusable del demandado. Además, señala que se ha errado al sustentar la sentencia en el expediente de medida cautelar pues ella es provisoria. En esa perspectiva, estima que debió tenerse en cuenta el principal, en el que se dispuso el cese de los actos de violencia y retiro del hogar. Agrega que no se ha analizado que el demandado tuvo hijos extramatrimoniales y que no se ha demandado la causal de imposibilidad de mantener la cohabitación, sino se debe tener en cuenta la violencia familiar en contra de la recurrente y sus hijas, lo que ha conllevado a que se haga insoportable la vida en común.

Cuarto. - Es ya común mencionar que la motivación no significa la exteriorización del camino mental seguido por el juez, pues ello implicaría considerar que no importa la decisión en sí misma, ni lo racional o arbitraria que ésta pueda ser, sino solo el proceso mental que llevó al juez a emitir el fallo. Por el contrario, la motivación como mecanismo democrático de control de los jueces y de control de la justicia de las decisiones exige que exista una justificación racional de lo que se decide, dado que al hacerlo no solo se justifica la decisión sino se justifica el mismo juez, ante las partes, primero, y ante la sociedad después, y se logra el control de la resolución judicial. Tal justificación racional es interna y externa. La primera consiste en verificar que: “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas. Por su parte, la justificación externa consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la

premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera. Estando a lo expuesto se observa, en cuanto a la justificación interna se observa: (i) premisa normativa de la sentencia: artículo 333.12 del código civil, referido a la separación de hecho; (ii) premisa fáctica: la separación de hecho exige que no se tenga intención de cumplir con la convivencia, lo que no se ha acreditado; y (iii) conclusión: el divorcio no debe prosperar. El silogismo planteado es formalmente correcto, pues respeta las reglas de la lógica formal. En lo que se refiere a la justificación externa se observa que tanto las normas legales utilizadas, como la fáctica son las que corresponden al proceso entablado. Siendo ello así hay debida motivación, más aún cuando se ha analizado el mérito de la controversia (esto es, la separación de hecho) y se ha dado respuesta a la pretensión demandada analizando los elementos necesarios para que prospere el divorcio por dicha causal.

Quinto. - Igualmente, la recurrente refiere que se ha infringido el artículo 345-A del Código Civil en tanto los jueces y el Estado deben flexibilizar los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, dado que los magistrados ejercen funciones tuitivas en los conflictos de familia, protegiendo a la parte perjudicada. Sostiene que no se ha tomado en cuenta que el demandado tiene otra pareja formada, por lo que posibilidad de insertarse en el hogar conyugal ya no es posible. Finalmente, la recurrente expresa que ha habido apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio (Cas. 4664-2010-Puno), pues ya la Corte Suprema ha establecido que en los casos de familia el juez tiene facultades tuitivas, debiendo flexibilizar principios y normas, sin embargo, la Sala Superior no ha usado dicha facultad, ignorando además que incluso no se hubiera solicitado indemnización, es deber del juez fijarla de oficio o adjudicar los bienes sociales.

Sexto. - Sobre el particular debe señalarse que la demanda es una de divorcio por separación de hecho por más de siete años consecutivos. Siendo ello así, la sentencia impugnada ha analizado si se dan de manera concurrente los supuestos de dicha separación; en estricto: los elementos temporales, subjetivos y objetivos. Haciendo el referido examen, la Sala Superior, en posición que comparte este Tribunal, ha sostenido que si bien se dan los elementos temporales (más de dos años de separación) y objetivos (la separación misma), no ocurre lo mismo con el elemento subjetivo, pues aquí **se advierte que el retiro del hogar**

conyugal del demandado fue por mandato judicial y que fue la propia demandante quien se opuso al reingreso de su esposo a la casa conyugal.

Es verdad que hay una función tuitiva en este tipo de procesos, pero no es menos cierto que, en el presente caso, el hecho en el que se funda la demanda, no es la propia separación de hecho de la accionante, sino en la que habría incurrido el demandado, conforme se lee del texto de la demanda, y es tal separación la que se debe evaluar dada las consecuencias de este tipo de sentencias y la imposibilidad de generar indefensión a una de las partes.

VI. DECISIÓN

Por esto fundamentos y en aplicación de artículo 397 del Código Procesal Civil: a) Declararon **INFUNDADO el recurso de casación** interpuesto por Dominga Vanegas Pataca (página trescientos cincuenta y uno); en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince. b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por Dominga Vanegas Pataca con David Roque Ramos, sobre divorcio por causal de separación de hecho. Intervino como ponente el señor Juez Supremo Calderón Puertas.-

SS.

ALMENARA BRYSON

WALDE JÁUREGUI

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

CUNYA CELI

CALDERÓN PUERTAS

El Relator de la Sala que suscribe certifica: Que el señor Juez Supremo Almenara Bryson, Presidente de esta Sala Suprema no suscribe la presente resolución, habiendo dejado su voto en relatoría de conformidad con lo acordado el día de la votación, según consta en la tabilla y registro correspondiente, por cuanto presenta una dolencia física en el miembro superior derecho, lo que le imposibilita la suscripción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 255-2017 CUSCO

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

SUMILLA: “Para la adjudicación del bien de la sociedad conyugal a favor del cónyuge que se considera más perjudicado con la separación, debe justificarse en relación a las circunstancias personales de cada cónyuge, así como la situación de desventaja y menoscabo patrimonial del cónyuge más perjudicado con la separación”.

Lima, once de octubre de dos mil diecisiete. -

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. - Vista la causa número doscientos cincuenta y cinco - dos mil diecisiete, en Audiencia Pública de la fecha; producido el debate y la votación correspondiente, emite la presente sentencia:

I. - MATERIA DEL RECURSO.- Se trata del recurso de casación interpuesto por Gabino Morocco Atamari a fojas doscientos sesenta y siete, contra la sentencia de vista de fojas doscientos cincuenta y ocho, de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirmó la sentencia apelada de fojas ciento treinta y uno, de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundada en parte la demanda sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho de los cónyuges, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial, infundado el extremo de liquidación y división de la sociedad de gananciales y dispone indemnizar a la demandada como cónyuge perjudicada, adjudicándosele el inmueble de la sociedad conyugal, y se ordena que el demandante continúe acudiendo a favor de la demandada con la pensión judicial ordenada en el proceso de alimentos.

II.- ANTECEDENTES DEL PROCESO:

2.1. DEMANDA. - El veintiocho de mayo de dos mil quince¹ Gabino Morocco Atamari acude al órgano jurisdiccional para interponer una demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho por más de dos años, y que se pronuncie el órgano jurisdiccional sobre la liquidación de la sociedad de gananciales del bien inmueble ubicado en el Pueblo Joven “Viva El Perú”, Lote U-3, Segunda Etapa, Distrito de Santiago, Provincia y Departamento de Cusco, inscrito en la Partida número 02040713 de los Registros Públicos de Cusco. Sostiene que: i) Contrajo matrimonio civil con la demandada el veintidós de enero de mil novecientos setenta y cinco, ante la Municipalidad Distrital de Asillo, Provincia de Azángaro, Departamento de Puno, y durante el matrimonio procrearon cuatro hijos ya mayores de edad, acudiendo al último de sus hijos con una pensión de alimentos según el Proceso número 372-2013; y ii) Desde el dieciocho de julio de dos mil once por razones de incompatibilidad de caracteres y distanciamiento, ya no convive con la demandada, quien sigue viviendo en la casa, cuya extensión es de ciento cincuenta metros cuadrados (150 m²), que han construido durante su relación matrimonial, por lo que le corresponde el cincuenta por ciento (50%) de dicho inmueble.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR ANA MARÍA YUPANQUI DE MOROCCO.- El diecisiete de julio de dos mil quince² la precitada demandada absuelve el traslado de la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, señalando que: i) Su último hijo Gabino Danilo Morocco Yupanqui de veintitrés años se encuentra estudiando en la Universidad Tecnológica de Los Andes - Sede Cusco, en la carrera profesional de Ingeniería de Sistemas, quien recibe doscientos soles (S/200.00) por orden del Juzgado de Paz Letrado de Santiago; sin embargo, el demandante ha interpuesto una demanda de exoneración de alimentos; ii) Se ha separado de hecho hace más de cuatro años; es decir, el dieciocho de julio de dos mil once aproximadamente, siendo el

¹ Escrito de demanda inserto a fojas 33.

² Escrito corriente a fojas 53.

accionante responsable directo de la separación, después de cuarenta y cinco años de matrimonio, por su conducta deshonrosa y por adulterio.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- Mediante la Resolución número 13, de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis³, el Segundo Juzgado Mixto de Santiago declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado ante la Municipalidad Distrital de Asillo, Provincia de Azángaro, Departamento de Puno, el veintidós de enero de mil novecientos setenta y cinco, e infundado el extremo de la liquidación y la división de la sociedad de gananciales, así como la indemnización a favor de la demandada como cónyuge perjudicada, adjudicándose el inmueble sito en el Pueblo Joven "Viva El Perú", Lote U-3, Segunda Etapa, Distrito de Santiago, Provincia y Departamento del Cusco, inscrito en la Partida número 02040713, y ordena que Gabino Morocco Atamari continúe acudiendo a favor de la demandada con la pensión judicial ordenada en el proceso de alimentos. Considera que: 1) El demandante y la demandada se encuentran separados de hecho desde el veintiocho de julio de dos mil once, lo que supera en demasía los dos años que exige la Ley a la fecha de presentación de la demanda; 2) De otro lado, la separación de hecho no tuvo como causa motivos laborales ni de salud; sin embargo, para fines de la separación de hecho, no importan las causas que las motivaron; 3) El demandado se encuentra al día en el pago de alimentos, pues se encuentra pasando pensión de alimentos a favor de la demandada de sesenta y cinco soles (S/65.00) y a su hijo de nombre Gabino Danilo Morocco Yupanqui de doscientos soles (S/200.00; 4) La separación de hecho se dio por causas atribuibles al demandante, debido a que mantenía relaciones sentimentales con otra mujer a partir del año dos mil once, según refiere el propio demandante, y producto de dicha relación procreó un hijo, lo que desvirtúa que los motivos de su salida del hogar conyugal hayan sido los celos; y 5) Se adjudica el inmueble adquirido dentro del matrimonio en el año mil novecientos ochenta y nueve a favor de la demandada, en el que la misma vive con sus hijos.

2.4. SENTENCIA DE VISTA. - La Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante la Resolución número 27, de fecha

³ Obrante a fojas 131.

veinticinco de octubre de dos mil dieciséis⁴, emite la sentencia de vista que confirmó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda. Considera que el daño ocasionado está probado y es considerable, por lo que debe asegurarse que se indemnice a la demandada, con la cuota de los bienes gananciales que le correspondería al demandante.

III. - RECURSO DE CASACIÓN. - El demandante Gabino Morocco Atamari interpone recurso de casación contra la sentencia de vista, siendo declarado procedente por infracción normativa procesal y material por este Tribunal Supremo mediante la resolución de fecha treinta de marzo de dos mil diecisiete⁵. Al respecto el recurrente alega: a) Infracción normativa de derecho material de los artículos 301, 318, 322 y 323 del Código Civil, toda vez que la demanda debió haber sido declarada fundada en el extremo de la liquidación de la sociedad de gananciales para luego ordenar que los cónyuges se repartan la mitad del inmueble sito en el Pueblo Joven "Viva El Perú", Lote U- 3, Segunda Etapa, Distrito de Santiago, Provincia y Departamento de Cusco, y de ninguna manera dar forma a una supuesta indemnización y adjudicación a favor de la demandada, por lo tanto, con este razonamiento del Colegiado Superior, al accionante, el cual ha formulado su pretensión de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho, prácticamente se le ha sancionado y despojado del derecho que tiene a la sociedad de gananciales; b) Infracción normativa material del artículo 345-A del Código Civil, toda vez que la sentencia de vista pretende aplicar erróneamente dicho numeral, por cuanto la demandada en su debida oportunidad no ha solicitado indemnización ni adjudicación alguna del citado inmueble, además no ha demostrado perjuicio alguno que haya sufrido como consecuencia de la Separación de Hecho; y c) Vulneración de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, previstas en los artículos VII del Título Preliminar del Código Civil, IX del Título Preliminar, 122 y 171 del Código Procesal Civil así como los incisos 3, 5 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, pues la legitimidad para formular su pretensión de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho se dio una vez concluido el proceso seguido por la demandada sobre Divorcio por la Causal de Adulterio, el mismo que concluyó cuando se declaró

⁴ Inserta las fojas 258.

⁵ Inserta a fojas 42.

fundada la excepción de caducidad en ambas instancias, por lo cual la sentencia de vista carece en concreto de motivación; además, la valoración de los medios probatorios es completamente deficiente, en especial los medios probatorios ofrecidos por el recurrente.

IV) ASUNTO JURÍDICO EN DEBATE. - En el caso particular, la cuestión jurídica en debate consiste en analizar si se han infringido las disposiciones denunciadas, vinculadas con el derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, y de no ser ello así, si se vulneran los artículos 301 (bienes de la sociedad de gananciales), 318 (fin de la sociedad de gananciales), 322 (liquidación de la sociedad de gananciales) y 323 (gananciales) del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

PRIMERO. - El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el artículo 384 del Código Procesal Civil. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que este supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto.

SEGUNDO.- Así también, el derecho al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú⁶, comprende a su vez, entre otros derechos de los ya señalados en el considerando precedente, el de obtener una resolución fundada en derecho mediante sentencias en las que los jueces expliquen en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, dispositivo que es concordante con lo preceptuado por el inciso 3 del artículo 122 del Código

⁶ Artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Procesal Civil⁷ y el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸. Además, la exigencia de motivación suficiente prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Carta Fundamental⁹, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y de la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes, y no de una arbitrariedad de los magistrados, por lo que en ese entendido es posible afirmar que una resolución que carezca de motivación suficiente no solo infringe normas legales, sino también principios de nivel constitucional.

TERCERO. - Analizando la infracción normativa procesal que sirve de fundamento al recurso de casación, se observa que el recurrente invoca como agravio la vulneración del debido proceso (específicamente del Principio de Motivación). En tal escenario, corresponde a este Supremo Tribunal examinar si la decisión adoptada por la Sala Superior se realizó respetando lo dispuesto por el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales establecen que los Magistrados tienen la obligación de fundamentar los autos y las sentencias bajo sanción de nulidad respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

CUARTO. - Así, la Sala Superior al amparo de lo previsto por el artículo 345-A del Código Civil confirma la sentencia de primera instancia, indicando que la mejor manera de efectuar la reparación constituye la forma establecida por el A quo, por cuanto se avoca únicamente a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la indemnización que se le ha otorgado a la demandada. En dicho contexto,

⁷ Artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil. - Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

⁸ Artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. - Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.

⁹ Artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

teniendo en cuenta los parámetros fijados en el Tercer Pleno Casatorio realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación número 4664-2010- PUNO) de fecha dieciocho de marzo de dos mil once, para una correcta interpretación de los alcances del precitado artículo¹⁰ - sobre la indemnización o adjudicación preferente de los bienes a favor del cónyuge más perjudicado como producto de la separación o del divorcio- se ha establecido como precedente judicial vinculante en el punto 4 del fallo que: “Para una decisión de oficio o a instancia de parte, sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso deben verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se han establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) El grado de afectación emocional o psicológica; 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 con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes”. Asimismo, tal como se desarrolla en el Fundamento número 59 del acotado precedente, para determinar la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común (la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución), no es particularmente necesario establecer factor de atribución alguno -como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto- ni la conducta antijurídica, como requisitos de procedencia de esta indemnización; concretamente, sí es necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. “(...) No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de

¹⁰ “Para invocar el supuesto del inciso 12 del 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. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes”.

hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí”. En otras palabras, se indemnizan los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la interposición de la demanda, así como los perjuicios ocasionados desde la nueva situación jurídica que se produzca con ocasión del amparo de dicha demanda; o lo que es igual, la situación creada con el divorcio mismo. En ese sentido, el Fundamento número 61 del precedente judicial acotado, ha establecido que: “(...) para que proceda la indemnización (juicio de procedibilidad) por los daños producidos como consecuencia -nexo causal- del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, puesto que se trata del divorcio remedio (...) es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil. Cosa distinta es que en el ámbito del juicio de fundabilidad se tengan en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios, y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado (...)”.

QUINTO.- En dicho contexto jurisprudencial, en sede de instancia se determina adjudicar el bien inmueble a favor de la demandada, al considerarla como la cónyuge más perjudicada con la separación; sin embargo, no se ha justificado dicha decisión con un análisis suficiente, en relación a las circunstancias personales de cada cónyuge, así como la situación de desventaja y menoscabo patrimonial del cónyuge más perjudicado con la separación y la posibilidad de afrontar con éxito un nuevo estado como consecuencia del divorcio; es decir, la situación material de un cónyuge respecto del otro, y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio¹¹, apreciándose que la decisión asumida por

¹¹ Pago. 80 Punto b) del Pleno Casatorio sobre Divorcio por causal de separación de hecho, Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación

los órganos jurisdiccionales presenta deficiencias en la motivación externa al disponer la adjudicación preferente del bien social en su integridad a favor de Ana María Yupanqui de Morocco, para garantizar la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, sin una adecuada ponderación de los elementos de convicción relevantes que justifiquen la adjudicación del bien inmueble de la sociedad conyugal al cónyuge que considera ha sido más perjudicado, que permita advertir dicha situación a la luz de lo que en esencia se está decidiendo con una motivación suficiente, con datos objetivos que deriven del caso planteado, por lo tanto este Supremo Tribunal concluye que la denuncia procesal resulta amparable, careciendo de objeto emitir pronunciamiento en relación a la causal material.

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Gabino Morocco Atamari a fojas doscientos sesenta y siete; por consiguiente, CASARON la sentencia de vista de fojas doscientos cincuenta y ocho, de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco; en consecuencia, NULA la misma e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de fojas ciento treinta y uno, de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundada en parte la demanda; ORDENARON que el Juez de la causa emita nueva sentencia, con arreglo a ley y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Gabino Morocco Atamari contra Ana María Yupanqui de Morocco y otro, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. (...)

MIRANDA MOLINA

DE LA BARRA BARRERA

CESPEDES CABALA

IV. CONCLUSIONES

Primera: El régimen actual de divorcio es un régimen complejo en el que cohabitan tanto el divorcio sanción, como el divorcio remedio y el divorcio incausado. La causal de separación de hecho pertenece a la categoría del divorcio remedio. Tratándose del divorcio remedio, el Juez solo se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas las conductas culpables imputables a alguno de ellos.

Segunda: La naturaleza jurídica de la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil es la de una obligación legal indemnizatoria que tiene por acreedor al cónyuge perjudicado, por lo que la finalidad de esta indemnización es velar por la estabilidad económica y no la de resarcir daños imputables a uno de los cónyuges.

Tercera: Los criterios para indemnizar al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, deberán tener relación con datos objetivos como el patrimonio y los ingresos de los cónyuges tras el divorcio; la situación laboral de los cónyuges; el régimen patrimonial del matrimonio; las decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos; situación previsional y de seguridad social; duración de la vida común; la existencia de una unión de hecho impropia durante la separación de hecho; las probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar productividad lucrativa; la edad; el estado de salud; el grado de instrucción y la experiencia laboral; el aporte a la actividad del otro cónyuge; entre otras circunstancias.

Cuarta: En la actualidad, los Magistrados vienen otorgando indemnizaciones que no coadyuvan a que el cónyuge perjudicado supere la inestabilidad económica producto de la Separación de Hecho, esto es que ni siquiera aplican lo establecido en el Tercer Pleno Casatorio para señalar el monto indemnizatorio al cónyuge perjudicado.

Quinta: Los criterios para aplicar la indemnización, se deben analizar de acuerdo a cada caso concreto y dichos criterios no son estáticos, sino son dinámicos, ya

que se van incrementando de acuerdo a la situación de cada cónyuge perjudicado.

V. RECOMENDACIONES

Primera. - Los Jueces deben tener en consideración los criterios propuestos en nuestro trabajo para evaluar el monto de indemnización o la adjudicación del bien que le deben otorgar al cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho.

Segunda. - En los procesos de divorcio por Separación de Hecho, los Jueces a efectos de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado deben disponer que se les otorgue una indemnización pese a que no hubiera sido solicitado expresamente.

Tercera. - En los procesos por Separación de Hecho, la situación procesal del rebelde demandado, no debe ser impedimento para que este sea indemnizado al momento de la sentencia, si es que se ha demostrado que se trata del cónyuge perjudicado.

Cuarta. - Con la sentencia de Separación de Hecho, se debe liquidar las pensiones de alimentos adeudadas al cónyuge perjudicado y a sus hijos.

Quinta. - En el caso de interpuesta la demanda de divorcio por causal de Separación de Hecho, realizada la contestación o planteada una reconvenición, estando a estos primeros recaudos, el Juez debería haber pedido de parte señalar como medida cautelar una asignación provisional a favor del cónyuge perjudicado.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) ALVAREZ OLAZÁBAL, Elvira María (2006), tesis titulada: “Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o Solución?”
- 2) ARMAS MEZA Jaqueline Rosario (2010), tesis titulada “LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DE LA SEPARACION DE HECHO EN EL DERECHO PERUANO”.
- 3) AZPIRI. Jorge O. Derecho de Familia. Buenos Aires. Editorial Hammurabi S.R.L., 2000. p.256
- 4) BERMUDES TAPIA, Manuel Alexis, Divorcio y Separación de Cuerpos, Editorial Grijley.
- 5) BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo –Perrot, 1984.
- 6) CABELLO, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- 7) CABANELLAS, G. Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual.
- 8) CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis, La Separación de Hecho – La Jurisprudencia después del Tercer Pleno Casatorio Civil
- 9) CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis, Separación de Hecho, la Jurisprudencia después del Tercer Pleno Casatorio Civil, El Divorcio, Editorial Gaceta jurídica, p. 129
- 10) CASTILLO ZELAYA, Juan Manuel “El divorcio ¿enfermedad o remedio? Artículo publicado en el diario El Peruano, Lima 6 de noviembre de 1996
- 11) CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe, Responsabilidad Civil Derivada del Divorcio, www.castillofreyre.com.
- 12) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 5ª Ed. Lima, Gaceta Jurídica, 1985.
- 13) DÍEZ-PICAZO, Luis y GUILLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Madrid, 1986.
- 14) ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona. Editorial Bosch, 1946.

- 15) ESPINOZA LOZANO, Bach Emily del Pilar (2015), tesis titulada “Efectos Jurídicos de Aplicar lo Prescrito en el Artículo 345 – A del Código Civil, en los Procesos de Divorcio por Causal de Separación de Hecho Luego del Tercer Pleno Casatorio Civil”.
- 16) GARCÍA BRICEÑO, Dante Eduardo (2014), tesis titulada “Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio, a la luz del Tercer Pleno Casatorio Civil”
- 17) LOPEZ DIAZ, Carlos, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Editorial Librotecna, 2005, pág. 134
- 18) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ WENDY (2015) en su tesis titulada “Análisis Sobre la Aplicación del Divorcio Incausado en el Estado De México”.
- 19) MORILLAS FERNÁNDEZ MARTA (2015) Tesis Doctoral titulada “El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del Código Civil
- 20) PLACIDO V. Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997.
- 21) PLÁCIDO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.
- 22) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Divorcio, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- 23) PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho.
- 24) TANTALEAN ODAR, Reynaldo; “Algunas cuestiones periféricas” en el Tercer Pleno Casatorio Civil”, en Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 176, N° 6, Lima, Mayo, 2013, pp. 48-58
- 25) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Las causales de divorcio en el derecho comparado”, en Actualidad Jurídica, T. 90, Lima, 2001.
- 26) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Divorcio y separación de cuerpos, Grijley, Lima, 2007.
- 27) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, La Nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2011.
- 28) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Matrimonio y Uniones Estables, Tomo II, Gaceta Jurídica, 2011.

- 29) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Derecho Familiar Patrimonial, Relaciones Económicas e Instituciones Supletorias y de Amparo Familiar, Tomo III, Gaceta Jurídica, 2011.
- 30) ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.
- 31) CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA DEL PERU, Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil Realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2010.
- 32) http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf
- 33) http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA
Título: LA INDEMNIZACION DEL CONYUGE PERJUDICADO EN LA SEPARACION DE HECHO.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	CATEGORIAS	METODOLOGIA	
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	El incurrir en causal Separación de Hecho genera indemnización a favor del cónyuge perjudicado.	La Separación de Hecho Numeral 12 del artículo 333 del Código Civil	TIPO Básica	
¿Cuáles son los criterios que se deben aplicar para establecer la indemnización del cónyuge perjudicado?	Determinar la indemnización del cónyuge perjudicado en la separación de hecho				DISEÑO: No experimental
PROBLEMAS ESPECIFICOS	OBJETIVO ESPECIFICO				NIVEL Descriptiva Explicativa
¿En qué medida la separación de hecho genera la indemnización del cónyuge perjudicado?	- Evaluar en qué medida la separación de hecho genera la indemnización del cónyuge perjudicado		SUB CATEGORÍAS - Indemnización por Daño Personal. - Adjudicación Preferente de Bienes de la Sociedad Conyugal.	MÉTODO Método Inductivo	
¿Cuál es el marco legal en la separación de hecho para la indemnización del cónyuge perjudicado?	- Identificar cuál es el marco legal en la separación de hecho para la indemnización del cónyuge perjudicado.				PARADIGMA Interpretativo
¿Cuál es el marco legal en la separación de hecho para la Adjudicación preferente de bienes del cónyuge perjudicado?	- Establecer cuál es el marco legal en la separación de hecho para la Adjudicación de bienes del cónyuge Perjudicado.	Artículo 345 - A – del Código Civil	ENFOQUE: Cualitativo		

VALIDACION DE INSTRUMENTOS

CERTIFICADO DE VALIDEZ DEL CONTENIDO DE LOS INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

ITEM	CONTENIDO	PERTINENCIA			RELEVANCIA			CLARIDAD			SUFICIENCIA		
		SI	No	Corregir	SI	No	Corregir	SI	No	Corregir	SI	No	Corregir
	Preguntas de las entrevistas / encuestas a aplicarse												

Observaciones generales: No se utilizaron encuestas o entrevistas.

	Aplicable	Aplicable después de corregir	No Aplicable
Opinión de aplicabilidad			

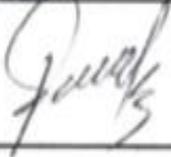
Elementos considerativos para la evaluación

Pertinencia. El ítem corresponde al contexto de la investigación

Relevancia: El ítem es apropiado para representar el componente evaluado de la investigación

Claridad: El enunciado se comprende sin mayor dificultad, es conciso, exacto y directo

Suficiencia: El ítem evaluado tiene los elementos necesarios para cumplir su objetivo

Apellidos y Nombres del Validador experto 1
HIJAR HERNANDEZ VICTOR DANIEL
DNI 09461497
Especialidad METODOLOGIA
Firma 

CERTIFICADO DE VALIDEZ DEL CONTENIDO DE LOS INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

ITEM	CONTENIDO	PERTINENCIA			RELEVANCIA			CLARIDAD			SUFICIENCIA		
		Si	No	Corregir	Si	No	Corregir	Si	No	Corregir	Si	No	Corregir
	Preguntas de las entrevistas / encuestas a aplicarse												

Observaciones generales: No se utilizaron encuestas o entrevistas.

	Aplicable	Aplicable después de corregir	No Aplicable
Opinión de aplicabilidad			

Elementos considerativos para la evaluación

Pertinencia. El ítem corresponde al contexto de la investigación

Relevancia: El ítem es apropiado para representar el componente evaluado de la investigación

Claridad: El enunciado se comprende sin mayor dificultad, es conciso, exacto y directo

Suficiencia: El ítem evaluado tiene los elementos necesarios para cumplir su objetivo

Apellidos y Nombres del Validador experto 2
Dra. LUISA ESCOBAR DELGADO
DNI 10587264
Especialidad DERECHO
Firma 