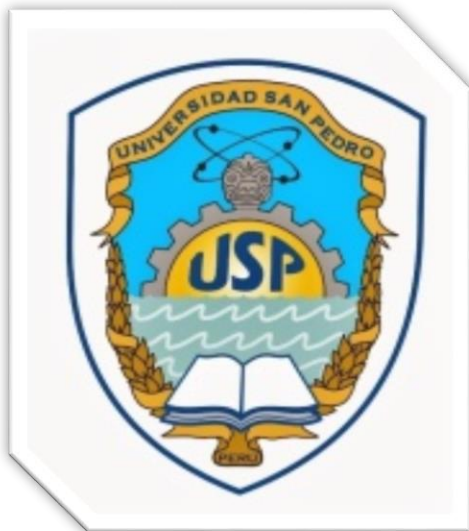


# **UNIVERSIDAD SAN PEDRO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO**



**Divorcio por causal de separación de hecho.**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO  
PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor

**Arambulo Blanco, Ericka Yuvicza**

Asesor

**Mg. Miranda Chauca, Teresa Luperfina**

**Huacho – Perú**

**2018**

**Palabras claves:**

- ✓ **Divorcio**
- ✓ **vida en común**
- ✓ **separación de hecho**
- ✓ **cónyuges**

<b>Tema</b>	<b>Divorcio por causal de separación de hecho</b>
<b>Especialidad</b>	<b>Derecho y Ciencias Políticas</b>

**Keywords:**

- ✓ **Divorce**
- ✓ **Separation in fact**
- ✓ **Spouses**
- ✓ **life in common**

<b>Text</b>	<b>Divorce on grounds of de facto separation</b>
<b>Specialty</b>	<b>Law And Political Science</b>

Línea de investigación:

**Derecho**

### **DEDICATORIA**

El presente trabajo ha sido realizado con mucho esfuerzo, va dedicado a Dios, que me da las fuerzas para seguir adelante guiando mis pasos, a mis padres por ser mi apoyo moral, económico.

### **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por guiarme en el recorrido de mi vida, para cumplir con éxito mis metas propuestas.

A mis padres, por ser ellos mis pilares fundamentales y por haberme apoyado incondicionalmente en todas mis metas, que me propuse al iniciar esta carrera profesional.

A todos los docentes que contribuyeron en mi aprendizaje para desarrollarme como profesional en la Universidad San Pedro.

## ÍNDICE

Palabras Claves.....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Indice.....	iv
Resumen.....	vi
Abstrac.....	vii
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>1</b>
<b>Descripción del Problema.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>3</b>
<b>Marco Teórico.....</b>	<b>3</b>
Divorcio por Causal de Separación de Hecho.....	3
Etimología de Divorcio.....	3
Concepto y Definición de Separación de Hecho.....	3
Naturaleza Jurídica de la Separación de Hecho.....	5
Requisitos de la Separación de Hecho.....	6
Efectos Legales de la Separación de Hecho.....	8
Cuestiones Procesales de la Separación de Hecho en el Código Civil Peruano....	11
La Falacia del Daño al Daño al Proyecto de Vida Matrimonial .....	14

El Daño Dentro del Ámbito Familiar y Conyugal.....	17
Indemnización o Resarcimiento Aplicable al Ámbito Familiar.....	20
<b>Legislación Nacional.....</b>	<b>27</b>
Constitución Política Del Perú.....	27
Código Civil Peruano.....	29
Código Procesal Civil.....	31
<b>Jurisprudencia.....</b>	<b>31</b>
<b>Derecho Comparado.....</b>	<b>34</b>
Legislación Inglesa.....	34
Legislación Española.....	35
Legislación Ecuatoriana.....	39
Legislación Argentina.....	41
Legislación Chilena.....	43
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>46</b>
<b>Análisis del Problema.....</b>	<b>46</b>
Conclusiones.....	50
Recomendaciones.....	51
Referencias Bibliográficas.....	52
Anexos.....	56

## RESUMEN

El Estado conforme al Art.4 de la Constitución promueve y protege a la familia y promueve el matrimonio, no menos cierto es que por diversos factores puede darse el quiebre de dicha unión, decidiendo las parejas separarse de mutuo acuerdo o por aplicación de las causales establecidas en la norma civil. Ante estas circunstancias el legislador previó en el Art. 343 de la citada norma, que cuando la separación es por culpa de uno de los cónyuges, este perdía los derechos hereditarios que le correspondieran. Del mismo modo, al causarse un supuesto perjuicio con esta separación de hecho, tanto al cónyuge como a los hijos, en Art. 345-A se prescribe el pago de una indemnización por daños y perjuicios, incluyendo el daño personal, cuya causal está configurada dentro de la doctrina del llamado divorcio-remedio; que al conferir derecho a indemnización implica la probanza de un perjuicio, lo cual conlleva a un análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil. Esta indemnización conforme al Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema no tiene carácter de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino de equidad y solidaridad familiar. Muchos doctrinarios son de la opinión que tal indemnización debería ser de oficio y no la planteada por el demandante, sin embargo, otro sector de la doctrina, contrariamente refiere que ello no sería posible, por cuanto afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto a los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio peticionado.

## ABSTRAC

Conjugal separation occurs in various forms such as friendly separation, de facto separation, conventional separation, separation of bodies and bond divorce. To the separation of bodies the doctrine also has denominated conjugal separation, separation of the marriage and with greater property judicial separation.

In a sense, separation is called “to that situation of marriage, in which the conjugal bond subsists, there is a cessation of the common life of the married and the legal regime of their respective rights and obligations is transformed, obeying the terminology to the The fact that it determines a distancing or personal distancing” Here the separation can be purely factual (de facto separation) or a situation based on the concurrence of budgets prevented by law and agreed by virtue of a judicial decision (separation of right).

On the other hand, it consists in the relaxation of the matrimonial bond thanks to a judicial resolution that exempts the spouses from the duty of coexistence. The notion is basically correct, however, it is not admissible because of its adjective connotation.

In sense the separation of bodies is an institution of Family Law that consists of the interruption of the conjugal life by judicial decision that suspends the duties relative to the bed and room and ends the patrimonial regime of the community of acquisitions, leaving the bond subsisting matrimonial. It is a way of expressing marital decay.



## CAPÍTULO I

### DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El ordenamiento jurídico por esencia no puede organizar situaciones de hecho; sin embargo hemos de ser conscientes que a veces relaciones personales sociológicas de hecho dan origen a la existencia de una realidad extrajurídica que, de algún modo, más o menos tardíamente, ha de asumir el legislador para proteger los intereses legítimos de las personas que se encuentran inmersas en ellas, ya que el Derecho debe proteger a la familia. Dentro de esta realidad extrajurídica podemos situar a la separación de hecho, que la mayoría de la doctrina coincide en definir como la interrupción de la vida conyugal por parte de los esposos, sin intervención de la autoridad judicial competente.

Podemos decir que la separación de hecho es la conclusión de la vida en común de los cónyuges, por acuerdo unilateral o bilateral de los mismos y sin que intervenga ningún órgano jurisdiccional; por lo que presupone dos elementos, uno: objetivo, la no cohabitación entre los cónyuges y otro: subjetivo, el animus o intención unilateral o bilateral de los cónyuges de dar por concluida la vida en común y por consiguiente por rota la relación matrimonial. En la separación de hecho tiene gran importancia el elemento intencional de los cónyuges esto es, el deseo o la voluntad de interrumpir la convivencia conyugal por acuerdo bilateral de ambos cónyuges, a esta situación se le puede denominar separación amistosa o por mutuo acuerdo y en ella los cónyuges ponen fin a toda relación conyugal por mutuo acuerdo, evitando la intervención judicial.

La indemnización regulada en la causal de separación de hecho no es un tipo de responsabilidad civil, sino que tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata de una obligación legal indemnizatoria interpuesta a uno de los cónyuges a favor del otro a fin de corregir la inestabilidad o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho.

Los efectos patrimoniales del divorcio, excluyendo a las relativas al régimen de bienes, han sido abordadas por las legislaciones comparadas a través de distintos modelos que buscan lograr un equilibrio entre el principio de la auto responsabilidad, en virtud del cual cada cónyuge separado debe procurarse sus propios medios de vida y el de la solidaridad post conyugal, entendido como una relación de asistencia material atenuada, respecto a la vigente durante el matrimonio, pero análoga a la asistencia entre cónyuges separados.

De esta manera, en la doctrina, ha tomado fuerza la idea de un resguardo especial, para el cónyuge que a consecuencia del divorcio, queda en una situación perjudicial. Es decir por medio de una indemnización se pretende distribuir adecuadamente los costos de una ruptura del vínculo matrimonial. Así, el legislador nacional conjuntamente con la incorporación de la separación de hecho como una nueva causal de separación de cuerpos y divorcio prevista en el inciso 12) del artículo 333° del Código Civil, ha agregado la figura jurídica de la “indemnización en caso de perjuicio”, mediante Ley N° 27495, específicamente regulado en el segundo párrafo del artículo 345° – A; instituto que en principio se enmarca dentro de la concepción del divorcio remedio.

En efecto, se trata de una institución relativamente nueva, en relación a otros supuestos de indemnización generados en el derecho de familia.

El Tercer Pleno Casatorio Civil define, en su fundamento 33, tercer párrafo, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema, a 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”.

El presente trabajo, se ha centrado en el estudio de la indemnización al cónyuge más perjudicado. En tal sentido el objetivo del presente trabajo consiste en determinar si se aplica correctamente el artículo 345-A en casos de divorcio por separación de hecho en los juzgados de familia de la provincia de Huaura.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### Divorcio por Causal de Separación de Hecho

##### **Etimología de divorcio**

La palabra Divorcio viene del latín "divortium", provista del prefijo DI/DIS (separación o divergencia en sentido amplio) y la raíz del verbo VERTO (volver, dar la vuelta, girar o hacer girar). En su origen hacía referencia a la separación de las orillas por un brazo de mar y con el tiempo se aplicó a una institución jurídica creada en Roma por virtud de la cual tanto el marido como la mujer podían solicitar la separación legal del matrimonio por distintas causas incluso por el cese de la *affectio maritalis* o *coniugalis*.

##### **Concepto y definición separación de hecho**

En la legislación española y nacional hay diversos autores que se han pronunciado sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio. Algunos autores han tomado énfasis en el elemento objetivo. En ese sentido, para ellos, la separación de hecho es la constatación fehaciente que debe hacer el Juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos por apartarse uno del otro dejando de lado el deber marital de convivencia o de la vida en común.

Otros autores han tomado énfasis sobre el elemento subjetivo. En ésta línea, han señalado que el simple alejamiento físico de los cónyuges no implica el cese efectivo de la convivencia conyugal. Por tanto, resulta necesario que la separación haya tenido lugar con la intención de interrumpir

la vida en común, ya que, lo fundamental es la intención, el animus; constituyendo la separación física, el corpus, solamente su manifestación material.

Por su parte, la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha definido esta causal como “la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la exigencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios”.

En general, la separación de hecho se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, como es hacer vida común en el domicilio conyugal. Se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio.

En cuanto al fundamento, la causal de separación de hecho pertenece a la doctrina del divorcio remedio, cuya finalidad es dar solución al conflicto conyugal.

Sin embargo, algunos autores se encuentran en contra de la existencia de esta causal.

Mazzinghi (1998), ha señalado que, la separación de hecho se apoya en numerosos modelos extranjeros que, a su juicio, recaen en un mismo error. Afirma que los legisladores que se pliegan a esta postura consideran al vínculo conyugal como algo muy próximo a la unión libre, en cuanto dura solamente mientras ambos integrantes de ella quieren que así sea.

Savatier (1950), ha señalado que la separación de hecho es una suerte de avasalladora embestida que la realidad ha llevado en contra del derecho.

Sin embargo, la separación de hecho también tiene su ventaja que es solucionar regularizando la incertidumbre de numerosos matrimonios quebrados por el transcurso del tiempo.

De esta manera, la separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma temporal o permanente, a diferencia de otras causales el accionante puede fundar su demanda en hecho propio.



### **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, 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.

Tantalean (2013), discrepa sobre la naturaleza jurídica de la causal de separación de hecho como figura jurídica que pertenece a la doctrina del divorcio remedio señalando que “se trata de un supuesto de divorcio sanción, porque si no hubiera responsable no se podría establecer una indemnización, ni la pérdida de gananciales, ni la de los derechos hereditarios. En mi opinión, es una causal de naturaleza mixta y da lugar a un sistema de divorcio remedio mixto porque tiene características objetivas del sistema de divorcio remedio y subjetivas del divorcio sanción.



### **Requisitos de la separación de hecho**

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

Placido Vilcachahua, A. (2001), ha señalado que para que se configure la separación de hecho debe cumplirse con dos elementos. Un primer elemento objetivo o material, consistente en la evidencia del quebrantamiento definitivo y permanente, sin solución de continuidad en la convivencia. Asimismo, un segundo elemento subjetivo o psíquico, determinado por la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de los cónyuges de no continuar viviendo juntos. En la legislación argentina, son cinco los requisitos que se deben cumplir para que se configure la causal de separación de hecho.

El primer requisito es la interrupción de la cohabitación, este es el elemento objetivo o material de la separación de hecho, que se concreta a través de la suspensión de la cohabitación mediante el retiro del hogar conyugal o por la quiebra de ese deber de parte de los esposos que continúan viviendo en el mismo inmueble.

El segundo elemento es la falta de voluntad de unirse, este es el elemento subjetivo de la separación consistente en la voluntad de no convivir con el otro cónyuge. La separación es voluntaria cuando no existe de parte de uno de los esposos o de ambos la intención de recomponer la cohabitación y poner fin a la separación. Pero este elemento no es suficiente, requiriéndose la ruptura física de la convivencia.

Un tercer elemento es la antigüedad de la separación, se requiere de una antigüedad continuada de la separación de hecho de los cónyuges por un término mayor de dos años.

Este plazo debe ser valorado en forma ininterrumpida y no discontinua desde el momento en que se interrumpió la convivencia.

Un cuarto elemento es que puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges, el ejercicio de la acción corresponde a cualquiera de los esposos, tanto en el caso de que el cese de la cohabitación sea el resultado de un acuerdo común entre ambos como cuando responde al accionar individual de uno de ellos. Finalmente el quinto elemento es que el cónyuge inocente puede alegar y probar que no dio lugar a la separación.

Por otra parte, en nuestra legislación no puede alegarse separación de hecho como causal de divorcio cuando esta se produzca por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácitamente sea imposible eludir, como el caso de una detención judicial; o por el supuesto cuando el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio.

De esta manera, concluyo señalando que, para que se configure la separación de hecho deberá cumplirse con los siguientes elementos:

Un elemento objetivo, que consiste, en el cese efectivo de la convivencia en forma temporal o permanente, cuya prueba es el

apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes.

Un elemento subjetivo, que consiste, en la intención cierta de uno de los cónyuges de no continuar conviviendo juntos, sin que una necesidad jurídica lo imponga. Está conformado por la falta de voluntad de unirse que se configura por la no convivencia con el otro cónyuge.

Finalmente, un elemento temporal que es el transcurso ininterrumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia. Nuestra legislación ha establecido un plazo de dos años si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad y será de cuatro años si los cónyuges tienen hijos mayores de edad.



## **Efectos legales de la separación de hecho**

El primer efecto de la separación de hecho como causal de divorcio es la disolución del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes jurídicos, que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua.

Lo señalado se desprende del art. 24 del CC que ha señalado:

La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de la separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho de llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el Juez.

El segundo efecto de la separación de hecho como causal de divorcio está relacionado a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado.



Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo mediante dos maneras:

Una primera forma es mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria incluyendo el daño personal; mientras que, la segunda es la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal.

Con respecto a la patria potestad y derecho alimentario, el juez fija en la sentencia el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o del marido, observando los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Placido Vilcachahua, A. (2007), comentando el art. 323 CC, señala que la mención explícita de este artículo en nuestra legislación se trata de un dispositivo que determina la condición que corresponde al remanente de los bienes sociales que queda después de efectuada la liquidación del régimen de sociedad de gananciales.

La liquidación de la sociedad de gananciales comprende tres fases. La primera fase comprende la formación de un inventario valorizado de bienes de la sociedad, la segunda fase las deducciones o pagos prioritarios de deudas y la tercera fase la división de los gananciales por mitades entre ambos cónyuges o sus herederos.

En efecto, se desprende que al finalizar la sociedad de gananciales, se deberá liquidar ésta estableciendo un inventario de bienes en el cual se discrimine entre los bienes propios y los bienes sociales.

De una interpretación extensiva y concordada, de los art. 345-A CC y el art. 323 del mismo cuerpo legal se concluye que, la adjudicación preferente está referida principalmente al inmueble constituido en la casa habitación de la familia destinado a establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar.

Algunos autores nacionales han comentado el art. 324 CC. En general, para dichos autores la regla general es que la separación de hecho no interrumpe la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales a que estuvieron sometidos los cónyuges. En tal virtud, estos siguen disfrutando de los beneficios patrimoniales del matrimonio de manera proporcional mientras dure dicho estado.

Taya (2007), comentando el art. 342 CC, ha establecido como premisa el poder discrecional del Juez para incidir y decidir en las relaciones familiares, demuestra la decisión del mismo en una de las más importantes relaciones, el derecho al alimento.

Asimismo, el art. 343 CC, señala que, otro de los efectos que produce el divorcio es la pérdida de los derechos hereditarios; tanto para el cónyuge culpable como para el cónyuge inocente.

Bustamante (2007), comentando el art. 351 CC, plantea el resarcimiento del daño moral que hubiera sufrido el cónyuge inocente como consecuencia de la conducta asumida por el cónyuge culpable en el proceso de divorcio.

Peralta (2008), comentando el art. 352 CC, dispone que el cónyuge culpable pierda los gananciales que procedieran de los bienes del otro cónyuge. En efecto, dará lugar al fenecimiento de la sociedad de gananciales<sup>32</sup>. Para concluir quiero señalar que en las relaciones entre los cónyuges, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho. En cambio respecto a terceros, el régimen de la sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente del registro personal de acuerdo al art. 319. CC, modificado por el numeral 1 de la Ley N° 27495.



## **Cuestiones procesales de la separación de hecho en el Código Civil Peruano**

Un primer aspecto procesal es que la titularidad de la acción corresponde a los cónyuges, ya que tiene carácter estrictamente personal de acuerdo al art. 334 CC. El mismo que establece como excepción, si alguno de ellos es incapaz ya sea por enfermedad mental o por declaración de ausencia, la acción puede ejercitarse por cualquiera de sus ascendientes si se funda en una causa específica.

Algunos autores, sostienen que, “la acción de divorcio es una acción personalísima que solo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en juicio”.

Un segundo aspecto procesal está referido a la competencia, es competente el Juez de Familia del último domicilio conyugal, o el del lugar donde reside el demandado, a elección del demandante. El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron de conformidad con el art. 36 CC.

Un tercer aspecto procesal en nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el art. 113 CPC el Ministerio Público está autorizado para intervenir en un proceso civil como parte, como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite y como dictaminador.

En el proceso de divorcio por causal y tal como lo ha señalado el art. 481 CPC, es parte el representante del Ministerio Público, por lo que no emite dictamen alguno.

Velásquez (1984), refiere que “el respectivo agente del Ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos menores del matrimonio cuyo divorcio se pretende. Para tal fin deberá citársele en el auto admisorio de la demanda”.

El cuarto aspecto procesal está referido a la vía procedimental, en este caso la vía es el proceso de conocimiento y sólo procede a pedido de parte. De conformidad con el art. 475 inc. 1 CPC que ha señalado:

Se tramitan en Procesos de Conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que:

*“No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el juez considera atendible su tramitación”.*

La sujeción al proceso de conocimiento radica en que la sentencia, que declara la separación de cuerpos y divorcio por causal, modifica el estado de familia de los cónyuges al hacerlo pasar del de casados al de separados o divorciados con efectos erga omnes.

El quinto aspecto procesal de conformidad con el art. 357 CC, el demandante en cualquier estado de la causa, puede variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una separación de cuerpos, siendo su objeto posibilitar la reconciliación de los cónyuges. Lo señalado constituye una excepción a la regla general regulada en el art. 428 CPC, por la cual solo se pueden modificar la demanda y la reconvención hasta antes de que sean notificadas.

El sexto aspecto procesal es que en el proceso de divorcio por causal, el actor debe proponer en la demanda la acumulación de pretensiones que, en relación con la principal de divorcio, tienen la calidad de accesorias como son: alimentos y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad y distribución de bienes gananciales. El art. 485 CPC señala:

“Después de interpuesta la demanda son procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o

curador provisionales; administración y conservación de los bienes comunes”.

El séptimo aspecto por regla general es que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio de acuerdo a lo previsto en el art. 335 CC. Sin embargo, excepcionalmente, dicha norma no es aplicable en los casos de divorcio por separación de hecho de acuerdo al art. 333 inc.12 CC que señala:

“En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335”.

Finalmente la norma ha establecido un requisito procesal, que es “el estar al día en las obligaciones alimentarias”, si dicho requisito sería ¿de admisibilidad o de procedencia? Si lo consideramos como requisito de procedencia, su incumplimiento ocasiona la indefectible declaración de improcedencia, para tal caso el legislador ha previsto los supuestos legales en forma taxativa, los cuales se encuentran previstos en el art. 427 CPC.

Alfaro (2009), ha señalado que se trataría de un requisito de admisibilidad, en caso de que el juzgador advierta su no demostración, la demanda debería ser declarada inadmisibile, otorgándole un plazo perentorio para que cumpla con subsanar los defectos u omisiones detectadas por el juzgador.

De esta manera puedo concluir que se trata de una causal donde el legislador peruano incorporó un requisito procesal de “estar al día en el pago de la obligación alimentaria” en una norma sustantiva. El art. 345-A CC carga al demandante estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias. En buena cuenta, se trataría de un requisito de admisibilidad de la demanda porque limitaría en menor grado acudir al órgano jurisdiccional y evitaría una mayor carga procesal.

Es un concepto jurídico que trae abajo el acrisolado criterio jurídico por el que “ningún cónyuge puede fundar su demanda en hecho propio”. Por lo

tanto, la puede solicitar el cónyuge culpable como el inocente, igualmente, en estos casos, si se ha obtenido la separación judicial cualquiera de los cónyuges puede convertirla en divorcio.

No incluye los casos en que los cónyuges viven temporalmente separados por circunstancias que se oponen a su voluntad. No será una separación de hecho, el siguiente ejemplo:

Un matrimonio no tiene hijos y los cónyuges viven juntos por un tiempo de tres años. Posteriormente el cónyuge varón se ve obligado a viajar al extranjero a fin de seguir estudios de post grado luego de obtener una beca completa. Al término de los dos años de estudio, este se prepara para su sustentación; no obstante, se encuentra preocupado porque, a pesar que durante dicho lapso de tiempo cumplió con sus obligaciones económicas y alimentarias, su esposa le ha manifestado que, ya no desea seguir casada con él.



### **La Falacia del daño al proyecto de vida matrimonial**

El denominado proyecto de vida fue una creación, del profesor Carlos Fernández C. (2008), la misma que expresa “El proyecto de vida es entendido como aquello que “representa lo que el ser humano ha decidido ser y hacer en su vida o, mejor aún, lo que hace para ser” “Es lo que el hombre decide ser y hacer “en” su vida y “con” su vida.

Tomando el concepto del proyecto de vida es lo que le da un sentido a la existencia del hombre, aquello que le va permitir realizarse como persona, convirtiéndose por tanto, en una meta existencial que busca alcanzar en el transcurso de su vida. Este opina que el “daño al proyecto de vida” tiene como su causa y origen un previo “daño psicosomático” (su cuerpo y todo aquello que lo representa como voluntad, sensibilidad, racionalidad de la persona).

Actualmente, a nivel jurisprudencial se comenta del “daño al proyecto de vida”, en la separación de hecho en los procesos de divorcio, sin embargo, la vigente doctrina sobre el daño al proyecto de vida no los contempla, advirtiéndose únicamente algunas novedades como la consideración de que si bien el proyecto de vida puede reducirse a la vida coexistencial de la persona, como es el destino familiar.

Esto nos señala claramente que en nuestra realidad jurídica definen el daño al proyecto de vida como una especie del genérico daño a la persona, el cual comprende además el „daño psicosomático“. Se distingue entre el daño biológico y el daño al bienestar. A diferencia del daño psicosomático que recae en el soma o el cuerpo y la psiquis (daño moral) de la persona, el daño al proyecto de vida afecta su libertad fenoménica (libertad ontológica es aquella libertad que tiene el hombre desde su nacimiento y que solo pierde con la muerte y, además, porque el hombre durante su vida nunca pierde la capacidad inherente de decidir y elegir por sí mismo).

En ese sentido, cuando se hace mención del daño a la persona, dentro del mismo se puede comprender según se afecte la estructura psicosomática o la libertad de la persona, un daño psicosomático o un daño al proyecto de vida, respectivamente.

De igual modo, estando que al daño a la persona le son aplicables las reglas de la responsabilidad civil, nuestros operadores del derecho también aplican al daño al proyecto de vida por ser una especie del primero.

En síntesis, el daño a la persona, engloba dos categorías de daños, el estructura ontológica del ente susceptible de ser dañado, es decir del ser humano (unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, solo cabe dañar algún aspecto de esa unidad psicosomática o la libertad del ser humano. De ahí es que existen dos categorías de daños, la primera referida es al daño psicosomático, mientras que la segunda se contrae al “daño al proyecto de vida” o la libertad fenoménica.

El daño psicosomático comprende la lesión inferida tanto al soma, o cuerpo, como a la psique. Los daños somáticos repercuten de alguna manera en la psique y los daños psíquicos, tiene a si vez incidencias somáticas. Los daños a la estructura psicosomática de la persona generan consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Son daños psicosomáticos desde una leve perturbación psicológica, como un dolor o un sufrimiento, hasta la pérdida de discernimiento. La segunda categoría de “daño a la persona” es aquel daño que afecta su propio ser, es decir, la libertad ontológica que sólo se pierde con ocasión de la muerte de la persona, la libertad a que se refiere se vuelca al exterior (potencialidades y energías de la persona, conductas intersubjetivas) llamados proyectos de vida que genera consecuencias que van desde el retardo o menoscabo del proyecto de vida hasta su frustración.

Fernández C. (2008), hace una observación en cuanto al daño moral menciona que no es una instancia diferente del daño a la persona, sino que se trata de una lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de carácter emocional, quien arguye que el mal llamado “daño moral”. Lo que se daña son los principios morales de una persona. De ahí que el mal llamado daño “moral” se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico “daño a la persona” en la categoría del “daño psicosomático”, preponderantemente de carácter psíquico. Ejemplo: a la pérdida de un ser querido, un daño al honor es uno de los agravios a los valores humanos. Existe un comentario al proyecto de vida por el profesor Leysser León, quien arguye que los proyectos de vida existen, pero son irrelevantes jurídicamente. En cuanto al tema del proyecto de vida matrimonial, manifiesta que en sí mismo, no es “resarcible”, porque no puede ser cuantificado para efectos de la suscripción de un contrato de seguros, además propicia interpretaciones discriminatorias (por el género) en su cuantificación, finalmente considera que es un expediente retórico para inflar los resarcimientos.



## **El Daño dentro del ámbito familiar y conyugal**

Cabanellas G. (2005), manifiesta que daño es: "el detrimento, pérdida, menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o caso fortuito".

Hay con un consenso respecto a que se entiende por daño a la disminución que experimentan los intereses patrimoniales o bienes jurídicos de una persona. Para Taboada L. (2003), el daño moral es pues una lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. El daño dentro de los temas concernientes a la esfera familiar y conyugal, juega un papel sumamente relevante en el sentido de poder conceptualizar el daño al proyecto de vida matrimonial, se origina en nuestro País, en las distintas sentencias emitidas por los Juzgados de Familia, Salas Civiles y por el Tribunal de Casación, concuerdan de manera uniforme como aquello "que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio, y por ende idearon, escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos para dicho fin; los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiesta en que uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor y aquel asume la de cuidado, crianza, protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho". Como se aprecia el denominado proyecto de vida matrimonial es un proyecto de realización conjunta de dos personas (los cónyuges) a través del matrimonio, en virtud del cual para el logro de dicho cometido, uno de ellos va a asumir el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos cediendo al otro el sostenimiento de la familia (el rol de proveedor).

En ese orden de ideas, es evidente, que para nuestros magistrados, el proyecto de vida matrimonial se identifica con el clásico modelo de familia nuclear surgido de él, donde al varón le corresponde el sostenimiento del hogar, y a la mujer la atención de los hijos y el marido, estando implícito el rol subordinado de esta última respecto al varón (“desde el aspecto económico se manifiesta en que uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor). Como consecuencia de la misma se puede hacer una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño al proyecto de vida matrimonial, la primera es la que tiene necesariamente su causa y origen en un previo daño psicosomático, y la segunda es la que tiene como causas la separación de hecho de los cónyuges imputable a uno de ellos o toda aquella situación que permita vislumbrar que uno de los cónyuges es el que resulta más beneficiado con el esfuerzo conyugal desplegado en función al proyecto de vida matrimonial truncado por la separación.

Podemos observar que la frustración del proyecto de vida conlleva la pérdida del sentido existencial de la persona, en cambio, la frustración del proyecto de vida matrimonial según lo expuesto por los doctrinarios en mayoría, origina una situación desventajosa (con mayor énfasis en lo económico) en la que queda uno de los cónyuges como consecuencia de la separación, en comparación con la situación beneficiosa en la que queda su consorte. Es de apreciarse que en el caso del daño al proyecto de vida matrimonial no interesa examinar si el cónyuge perjudicado como consecuencia del truncamiento de su proyecto experimenta una pérdida del sentido vital de su existencia. La indemnización en lugar de ser a título de la frustración del “proyecto de vida matrimonial” (que se supone fue querido por la cónyuge perjudicada) sería más bien a título de reparación por el sacrificio de truncar sus oportunidades profesionales y laborales.

Es de destacar, de otro lado que, según nuestros operadores del derecho no es exacto determinar el contenido del proyecto de vida matrimonial, por cuanto, en principio, el matrimonio no puede ser un fin en sí

mismo, por ser más bien un instrumento para la protección jurídica de la familia. Cabe indicar que Fernández Fernández C. (2008), recientemente y de forma muy breve ha mencionado que aunque infrecuente es posible que una mujer tenga como proyecto de vida “constituir un hogar, criar y educar a los hijos, ayudar a su marido o a su pareja a través de las labores propias de hogar”. Como se aprecia, no se hace referencia necesariamente al matrimonio sino a la familia (constituir un hogar, ayudar a su pareja), y en consecuencia, el proyecto de vida sería la constitución de la familia y su estabilidad, así como el cuidado personal de los hijos y el marido o pareja.

Medina G. (2002), quien clasifica el proyecto de vida matrimonial, dentro del daño moral (daño extrapatrimonial), estos nuevos daños respaldados por la doctrina y jurisprudencia Argentina admiten la indemnización de los daños que provienen de las causales que originaron el divorcio y los derivados del divorcio en sí. Ejemplo: el daño psicológico tiene un componente moral y un componente patrimonial como el pago de un tratamiento. En el derecho de familia cobra especial importancia y protección el daño moral causados por el divorcio o por los hechos generadores del divorcio que deben ser indemnizados, hechos como daño moral por verse privado al uso del nombre, daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos

El profesor Placido A. (2008), opina que el daño ocasionado por la separación de hecho, se trata de un supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, en razón que existe un cónyuge perjudicado, una conducta antijurídica del consorte que lo motivo.

Actualmente, existe un sector de la doctrina como el profesor Leysser León que considera que la separación de hecho dentro del ámbito conyugal no es responsabilidad civil en el Perú, en razón que no existe un criterio de imputación señalado por la ley para este supuesto (y que sería inconcebible que se tratara de responsabilidad objetiva”), por lo que no existen referencias a los daños materiales que resulten de la separación, en donde el Juez tiene

la alternativa de adjudicar un bien de la sociedad conyugal en lugar de la indemnización (lo cual es inviable en materia de responsabilidad civil).

El artículo 345 A del código civil para el citado profesor en líneas precedentes “ no contempla” un supuesto de responsabilidad civil, la misma que no se debe aplicar todas las veces en que se aprecie una violación de los deberes conyugales (lo que representaría la antijuridicidad), los operadores del derecho lo interpretan como un caso de responsabilidad objetiva porque (no requiere comprobar la culpabilidad) y finalmente no se debería autorizar a conceder “resarcimientos” entre ellos, el del “Proyecto de Vida Matrimonial”.

Consecuentemente el profesor sugiere soluciones a las interpretaciones equívocos sobre el artículo 345-A, manifestando que No hay responsabilidad civil en el Perú, ni por separarse ni por divorciarse, arguye que la verdadera responsabilidad civil radica en la violación de derechos constitucionales al interior del matrimonio, por lo tanto la antijuridicidad no es presupuesto ni elemento de la responsabilidad civil en el Perú (a diferencia de Alemania e Italia, donde los códigos civiles lo contemplan. La denominada responsabilidad objetiva está referida a los casos de riesgoso de exposición al peligro (art. 1970 del código civil) que no guarda relación con la vida matrimonial.



### **Indemnización o resarcimiento aplicable al ámbito familiar**

La Indemnización, es una "compensación" que alguien pide y eventualmente puede recibir por daños o deudas de parte de otra persona o entidad. Generalmente, se habla de indemnización de perjuicios, entendiendo “perjuicio” como aquel daño producido por el deudor o victimario, y que deberá ser compensado. Existen indemnizaciones de dos tipos, primero la Indemnización Contractual y se refiere a la indemnización

que solicita un acreedor cuando ha existido un incumplimiento de las normas estipuladas en un determinado contrato por parte del deudor y la segunda encontramos la Indemnización Extracontractual, la que se constituye cuando existe de por medio un daño o perjuicio hacia otra persona o bien de propiedad del acreedor.

La indemnización aplicable al ámbito familiar asume el significado de otorgar a una persona una satisfacción por las consecuencias del daño causado, por carácter de connotación patrimonial palabras sostenidas por Alex Placido, menciona además que resulta importante la prueba de los daños ocasionados a fin de darle la facultad a los magistrados definir su magnitud y fijar una reparación acorde al daño inferido. Un precedente en la jurisprudencia es la indemnización de treinta mil dólares americanos otorgada a favor de la ex cónyuge, “debido a la actitud machista y celos excesivos del esposo, que le impidieron desarrollarse laboralmente, no pudiendo obtener ingresos propios y además perdiendo la oportunidad de generarlos”

El tema de indemnización por daños en el Derecho de Familia han sido abordados por las diversas doctrinas nacional, quienes manifiestan que la responsabilidad por daños y perjuicios del divorcio es de carácter extracontractual, es antijurídica en razón que constituye violaciones o deberes jurídicos legalmente establecidos y además tiene que tener la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad y finalmente el factor de atribución entre los daños y perjuicios producidos por el divorcio con atribución de culpa Un sector de la posición que considera que el daño al proyecto de vida matrimonial, no se trata de un supuesto de responsabilidad civil en virtud nuestros operadores del derecho interpretan erradamente el art. 345-A del código civil en la que en diversos casos no es una forma de daño al proyecto de vida por las diferencias sustanciales existentes entre ambos respecto a sus características, causas y consecuencias. Lo que, sin embargo, no significa que no se deba indemnizar al cónyuge perjudicado,

sino que debe ser a título distinto y porque el “daño al proyecto de vida matrimonial” pueda ser comprendido como una especie del daño al proyecto de vida, resulta necesario que previamente se adecue al mismo.

Así la jurista Roca Trías E. (1999) manifiesta que la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil español constituye un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo consistente en el desequilibrio económico consecuencia del divorcio. Sin embargo, precisa que un resarcimiento por la concurrencia de un daño objetivo producido por la ruptura, no debe llevar a entender que la indemnización estudiada tenga la naturaleza de la responsabilidad civil. En su sentir no se trata de una indemnización en sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo (desde luego) que constituye su supuesto de hecho viene a estar caracterizado por la merma de expectativas de todo lo que pertenecía al propio estatuto del matrimonio y desaparecen como consecuencia del divorcio. Se trata entonces de indemnizar a quien más pierde con el divorcio. Además, en otro apartado enseña que se trata de perjuicios objetivos porque solo se tiene en cuenta el equilibrio entre los patrimonios de los ex esposos y no la participación de cada uno de ellos en las causas de la ruptura.

En esta misma posición, el jurista español Aparicio A. (1999), refiriéndose a la compensación económica, señala lo siguiente: “en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida en forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria”.

Respecto al resarcimiento aplicado al ámbito familiar, es definido como la acción de indemnizar, reparar un daño, perjuicio o agravio. La norma que contiene el artículo 351º de nuestro Código Civil, plantea el resarcimiento del daño moral que hubiera sufrido el cónyuge inocente como consecuencia de la conducta asumida quien es determinado judicialmente como el cónyuge culpable en el proceso de divorcio. Debiéndose entender que se le ha

causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente en sus bienes extra patrimoniales como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge.

Sobre el monto de la indemnización que se entregue a la víctima a título de reparación, debe precisarse que ésta no implica una valoración económica del daño producido. Dicho dinero no está destinado a “reponer las cosas a su estado anterior” ni a eliminar el dolor o el sufrimiento. El dinero es sólo instrumental, representa el medio que permite a la víctima hallar, a través de su inversión, una determinada y hasta simbólica compensación del daño.

Como acertadamente expresa Fernández C. (2008), el peculio que se transfiere a la persona que ha padecido un daño moral, tiene el exclusivo propósito de que le sea útil para encontrar cierto tipo de satisfacción espiritual, un gozo o un placer, algunas sensaciones agradables, placenteras, relajantes. El dinero recibido podrá ser empleado por la víctima para disipar, si es posible y en alguna medida, su dolor mediante entretenimientos o diversiones adecuados a su personalidad. Es evidente que existirán casos de dolor profundo donde no se obtendrá ninguno de los resultados propuestos. En estas situaciones, el dinero servirá al menos como sanción para el agresor. No es imaginable ni justo que el agente de un daño patrimonial sufra una merma económica mientras que el que genera un daño moral quede impune.

De la propia norma que comentamos aparece que el cónyuge “inocente” se encuentra legitimado para solicitar la indemnización por daño, ya que fue la parte demandante o reconviniente en el proceso de divorcio por causal, en el que se llegó a declarar la disolución del vínculo matrimonial al haber quedado acreditada la causal o causales alegadas. Tratándose de un proceso de divorcio por causal, en relación a la causal es que pueden originar daño moral, se dice que éste puede ocurrir en todo caso de divorcio.

Un criterio importante en la valorización de la indemnización que debe fijar el juez cuando se invoque el artículo 351 será tener en cuenta la incidencia del mismo daño moral en la persona del cónyuge inocente y su familia.

En ese sentido, el art.1984 del Código Civil prescribe que “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia” Acerca de los daños que se infligen al cónyuge inocente, están las lesiones de los derechos subjetivos o intereses legítimos del inocente, como por ejemplo, en el adulterio se lesiona el derecho a la fidelidad; en el abandono voluntario del hogar, el derecho a la cohabitación y la asistencia mutua; en la injuria grave, el derecho al honor, etc.

Algunas veces esa reparación puede conseguirse en la vía penal, así como por el eventual derecho alimentario que subsana el daño material (por lo que asume un cierto carácter indemnizatorio); reconociéndose que no siempre es posible usar la vía penal, ni siempre que puede apelarse a ella desea hacerla el ex cónyuge, ni la pensión alimenticia se fija para cubrir directa y totalmente el daño material producido en uno de los cónyuges.

Cornejo H. (1999), nos brinda una apreciación que, entendemos que parte de una asimilación del daño moral con el daño material, supuesto diferente, ya que como hemos indicado el daño moral es un daño extra patrimonial, que afecta la esfera personal del honor, la valoración subjetiva, personalísima de las personas, y que de acuerdo con la norma contenida en este artículo 351, se concede al cónyuge inocente el derecho de solicitar una indemnización por la afectación a sus intereses personales, y no a las incidencias materiales que pudo producirle el cónyuge culpable durante la vigencia de su matrimonio, y es en este sentido que, en reiterada jurisprudencia casatoria expedida por nuestra Corte Suprema de Justicia se ha establecido que el daño moral es un daño extra patrimonial e inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de



la afectividad que al de la realidad económica; que en cuanto a sus efectos es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

Con respecto a la determinación de la indemnización por daño moral, será necesario aplicar de forma sistemática lo dispuesto en el artículo 1985º de nuestro Código Civil en cuanto regula el contenido de la indemnización, el nexo de causalidad adecuada que debe existir entre el hecho y el daño producido, así como la mora aplicable al autor del daño establecida en que el monto fijado como indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En todo caso, las conductas del cónyuge que propició la causal son cuestiones de hechos, sujetos a probanza y a la apreciación del juez. Entonces, caso por caso deberán analizarse los hechos que determinaron el divorcio y que puedan ser considerados como causa de daño resarcible al haber afectado gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, entonces tales hechos serán fuente de resarcimiento en la medida en que hayan constituido lesión o menoscabo de derechos personalísimos.

En suma, la indemnización del daño moral al cónyuge inocente solo resultará amparable cuando exista daño moral resarcible producto del menoscabo de los intereses jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derechos de la personalidad, ocasionados por las acciones o conductas atribuibles al cónyuge culpable del divorcio.

En consecuencia, con el propósito de reparar los daños que pueda sufrir el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos, etc; así como, con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente ese cónyuge perjudicado por la separación de hecho, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades y en su caso, las de sus hijos al concluir el vínculo matrimonial, a propósito de la conducta del consorte que motivo tal

estado, demostrando la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones conyugales y familiares, la ley impone al juzgador la obligación de velar por su estabilidad económica.

Dentro de este contexto, se puede apreciar que resulta importante la prueba aportada en el proceso a efectos de acreditar el tipo de daño inferido, en caso que las partes no hayan ofrecido tal prueba entonces el Juzgador está obligado a fijar una indemnización de acuerdo a su prudente juicio considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso, siempre que se produzcan dos elementos importantes:

a) que exista un afectado y

b) que el causante del daño (presunto responsable) y/o quien por imperio de la ley o voluntad de las partes deberá responder por el mismo.

Corresponde entonces, probar al actor la existencia del nexo causal que vincule a la víctima con el pretendido responsable, lo que deberá realizarse en el decurso del proceso.

El artículo 345-A conlleva a que el juzgador determine sobre la existencia de un cónyuge perjudicado, conforme a su apreciación de los medios probatorios en cada caso concreto, así como su consecuente deber, de existir tal perjuicio, de fijar una indemnización a cargo de la parte menor afectada u ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos. El segundo párrafo del mismo artículo en forma imperativa exige al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause a efectos de cuantificarlo vía indemnización.

La determinación del quantum indemnizatorio en base a la valorización de la magnitud del daño y los perjuicios sufridos por la víctima por su acentuado matiz fáctico es una facultad de los jueces, el que debe fijarse

prudencialmente con criterio de equidad, dicho criterio brinda márgenes de análisis para el caso específico sin linderar imperatividad en su aplicación. Sin embargo, los operadores judiciales tendrían que evaluar a los presupuestos de la responsabilidad civil como la conducta antijurídica, el factor de atribución, el nexo causal y el daño causado su lo hubiera, antes de señalar la obligación indemnizatoria.

## **Legislación Nacional**

### **Constitución Política del Perú**

La protección de los derechos humanos fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional frente a la violencia familiar, tiene su fuente directa en la Constitución Política del Estado, y encuentra su fundamento esencial, en el respeto a la dignidad de la persona humana.

El texto Constitucional señala, sentando las bases sobre las cuales se ha de desarrollar su cuerpo normativo, que:

**Art.1.-** “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Precepto sustancial que no sólo sirve de orientación al orden jurídico, social, político y económico de la nación, sino que, sobre todo, se constituye en uno de los pilares de nuestra existencia y subsistencia como sujetos titulares de derechos en una sociedad democrática. Además, es el resultado de una larga historia de luchas y conquistas por la defensa de la condición humana, al menos en su expectativa de lograr el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En el desarrollo y ampliación del derecho a la dignidad, se han consagrado otros derechos, también fundamentales, que van indiscutiblemente ligados y son interdependientes, características en

común con los derechos humanos: el derecho a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo y bienestar, a la igualdad y no discriminación.

**Art. 2.-** Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

El Tribunal Constitucional, citando a Enrique Álvarez Conde, en la jurisprudencia recaída en un Habeas Corpus planteado para tutelar el derecho a la integridad personal, dice “que el derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización de la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que ésta se despliegue con dignidad.”

Asimismo, sostiene en la mencionada acción de garantía, que la integridad personal se relaciona con el derecho a la salud, en la medida en que éste último tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano, deviniendo así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. El derecho a la salud está contemplado en el art. 7 de la Constitución, dentro del capítulo de los derechos sociales y económicos.

El Tribunal Constitucional también ha enfatizado que es tal el reconocimiento a la importancia de la defensa de la dignidad humana,

que el legislador ha establecido en el Inc. h) del artículo 24, dentro del derecho a la libertad y seguridad personales: “que nadie puede ser víctima de violencia moral, síquica o física, ni a ser sometido a torturas o a tratos inhumanos o humillantes.”

Este desarrollo jurisprudencial, permite sostener, en la misma línea de la comunidad jurídica internacional, que todo hecho de violencia, y especialmente el cometido contra las mujeres, importa la vulneración del derecho a la dignidad y otros derechos humanos fundamentales reconocidos en la Constitución.

## ❑ **Código Civil Peruano**

Título IV

Decaimiento y Disolución del Vínculo

Capítulo Primero

Separación de Cuerpos

**Artículo 333.-** Causales Son Causas de Separación de Cuerpos:

El adulterio.

La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.

El atentado contra la vida del cónyuge.

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

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.

La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.

La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

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

La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

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

Prohibición de Alegar Hecho Propio

**Artículo 335.-** Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

Capítulo Segundo

**Divorcio**

**Artículo 348.-** 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.”

## ❑ Código Procesal Civil

Sección Quinta

Procesos Contenciosos

Título I

Proceso de Conocimiento

Capítulo II-Disposiciones Especiales

Sub Capítulo 1

Separación de Cuerpos o Divorcio por causal

**Artículo 480.-** Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del art. 333 CC., se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este sub capítulo.

Estos procesos se impulsaran a pedido de parte.



## Jurisprudencia

*El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en algunas de las causales previstas por la ley, y con la cual se pone fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial. **Cas. N° 01-99-Sullna, El Peruano, 31-08-1999.***

*En atención a que se trata de la determinación del quantum indemnizatorio por daño moral, que por su propia naturaleza no es de carácter patrimonial y por ende no sujeto a márgenes objetivos como sucede con el daño*

*emergente y el lucro cesante, la determinación del mismo resulta muchas veces subjetiva, con lo que en modo alguno se pretende indicar que ésta se encuentra al total arbitrio del Juez. **Cas. N°2516-2006 – Lima.***

*Los jueces han evaluado el daño ocasionado por la ruptura del vínculo conyugal, estimando que la emplazada debe ser resarcida con el monto fijado en la sentencia, constituyendo este elemento, parte del criterio discrecional de las instancias, el mismo que es producto de la evaluación del material probatorio, que esta Sala Casatoria no puede hacer en aplicación de la norma procesal, por lo que no es susceptible de ser analizado en esta sede, deviniendo en infundado el recurso. **Cas 3362-2006 – Lima.***

*Se debe referir que tanto la sentencia apelada de primera instancia como el Colegiado Superior han establecido que la demandada no ha acreditado los hechos alegados en su solicitud indemnizatoria; debiéndose agregar que ésta Sala Civil en acciones similares ha establecido que teniéndose en cuenta que el pedido de separación por causales objetivas no constituye un hecho antijurídico, no genera obligación de reparación, salvo prueba debidamente acreditada. **Cas. N° 955-2006 - San Martín.***

*Todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges, que no lograron consolidar una familia estable, de modo tal que en los procesos de divorcio por separación de hecho, los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos. De existir se fijara una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio. **Cas. N° 606-2003-Sullana.***

*Que, no es factible amparar las pretensiones reconvenidas de indemnización y de aumento de pensión alimenticia por cuanto estas siguen la suerte del principal a tenor del artículo 87 del Código Procesal Civil; que es requisito*



*indispensable para determinar el monto indemnizatorio establecer cuál de los cónyuges es el perjudicado como consecuencia de la separación de hecho invocada como causal para el divorcio, y al no haberse aún disuelto el vínculo matrimonial no corresponde fijarse dicho monto ni tampoco el aumento de pensión alimenticia. **Cas. N° 3585-2014- Lima.***

*La Sala de mérito en su resolución de fecha doce de noviembre de dos mil cuatro, que establece que no existe en autos un acuerdo extrajudicial o judicial ni sentencia judicial que obligue al demandante acudir con pensión de alimentos a la recurrente por lo que no le podría exigir que acredite encontrarse al día en sus obligaciones alimentarias pues esta no se ha determinado de forma alguna. **Cas. N° 3338-2006 - Lima.***

*Las instancias de mérito han establecido la permanencia del derecho de alimentos a favor de la emplazada por no haberse acreditado que haya desaparecido su estado de necesidad ni tampoco la capacidad económica del actor para proporcionárselos, tanto más si no se hace mención que la citada accionada haya incumplido sus deberes conyugales. **Cas. N° 185-2005 - Lambayeque.***

*A la fecha de interposición de la demanda, que data del veintinueve de abril del dos mil cuatro, el actor se encontraba al día en el pago de los alimentos, los cuales le eran descontados directamente de su boleta de pago de pensión de jubilación, y si bien con fecha reciente se ha expedido sentencia ordenando el aumento de los alimentos a favor de la demandada, la misma se encuentra en ejecución, tal como esta parte admite al adjuntar el Oficio de fojas doscientos veintidós, remitido al Gerente de Petroperú Sociedad Anónima por el Juez a cargo del expediente de alimentos. **Cas. N° 1694-2006 – Piura.***

*El primer párrafo del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, establece que, para invocar el supuesto del inciso doce del artículo trescientos treinta y tres, 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. Si bien es cierto nos encontramos ante un requisito de procedibilidad dispuesto expresamente en la ley, sin embargo el mismo no puede ser entendido ni interpretado de manera absoluta y estática por los Jueces, pues excepcionalmente, dependiendo de cada caso concreto, pueden presentarse causas o circunstancias que justifiquen la no exigencia de este requisito, como ocurre en el presente caso. **Cas N°. 2414-06 – Callao.***



## **Derecho Comparado**

### **□ Legislación Inglesa**

La actual regulación sobre el divorcio fue introducida por la Divorce Reform Act del 22 de octubre de 1969. El legislador inglés fue uno de los primeros en romper con el tradicional “divorcio-sanción” o por culpa, para establecer la concepción del “divorcio-remedio”. (...) La Matrimonial Causes Act de 1973 establece como causa única de divorcio la “irretrivable breakdown of marriage” esto es, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal. No obstante la prueba de esa ruptura irremediable sólo puede obtenerse mediante la acreditación de los hechos taxativamente enumerados en la ley. Estas son:

El adulterio del demandado y el hecho de que el actor considere intolerable vivir con él;

La conducta del demandado que hace razonablemente imposible el mantenimiento de la vida conyugal;

El abandono del hogar por el demandado por un período mínimo de dos años;

La separación de hecho por un período mínimo de dos años cuando el demandado consiente el divorcio; y

La separación de hecho de los cónyuges en un lapso cuya duración sea superior a cinco años si el demandado se opone al divorcio.

Es menester señalar que en 1984, hubo una reforma de dicha legislación, haciendo más fácil que los cónyuges obtuviesen el divorcio; esto debido a la reducción del plazo de tres y cinco a solo un año.

#### □ **Legislación Española:**

En este país el divorcio fue introducido por la Ley N° 30/1981 del 7 de julio de 1981, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil.

En las discusiones de la ley se hicieron numerosas referencias a la concepción del divorcio-remedio. No obstante, el legislador rechazó tanto el modelo francés de tipificar las diversas causas de divorcio, como el modelo inglés de una causa genérica única concretizada en hechos específicos. Para el Código Civil español, salvo una hipótesis residual de divorcio por condena criminal, la quiebra del matrimonio se da por un elemento objetivo y susceptible de comprobación judicial: la separación de cuerpos que el texto legal conceptualiza como la cesación efectiva e ininterrumpida de la convivencia entre los cónyuges. A continuación se señalarán las causales de divorcio:

**Divorcio por culpa.- El artículo 86.5°** establece que “La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes” es causa por sí sola de divorcio. En este supuesto no es necesario acreditar ni el transcurso de un plazo de separación ni un quiebre irremediable de la vida conyugal.

Divorcio por cese de convivencia.- Para esta causal el Código Civil ha distinguido diversos plazos, los cuales varían entre uno y cinco años, para considerar procedente la acción de divorcio por cese efectivo de la convivencia. Así tenemos que:

**b.1)** Plazo de un año.- En este caso, dicho plazo se cuenta desde la interposición de la demanda, y el divorcio procederá en dos supuestos, establecidos por los incisos 1) y 2) del artículo 86° del Código Civil. Estos son:

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82° una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o transcurrido el plazo expresado, no hubiera recaído resolución en la primera Instancia.

**b.2)** Plazo de dos años.- De acuerdo con el inciso 3) del artículo 86°, las causales son:

Si existe separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges. El plazo se cuenta desde dicho consentimiento.

Si existe proceso de separación resuelto judicialmente. El plazo se cuenta desde la firmeza de la resolución judicial.

Si uno de los cónyuges ha sido declarado ausente. El plazo de dos años se cuenta desde la declaración judicial.

**b.3)** Plazo de cinco años.- Esto está consagrado por el inciso 4) del artículo 86°, el cual establece “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso, al menos de cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges”.

Divorcio por culpa y cese de convivencia.- Estableciendo una singular mezcla entre criterios subjetivos y objetivos, el Código señala que si aquél que pide el divorcio acredita que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación (abandono de hogar, infidelidad, conducta injuriosa o vejatoria, violación de deberes conyugales o paternos, condena a pena privativa de la libertad por más de seis años, alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales), el juez puede disolver el vínculo siempre que el cese efectivo de la convivencia conyugal haya durado al menos dos años (artículo 86.3°.b)

Sobre la legitimación para demandar el divorcio el Código Civil no es del todo explícito. Sólo respecto del divorcio por cese de la convivencia por dos años señala expresamente que procede a petición de cualquiera de los cónyuges (artículo 86.3.a).

En todo caso, parece claro que cualquier clase de divorcio puede ser solicitado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. El código establece que si el divorcio es solicitado por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, debe acompañarse la propuesta de un convenio regulador de sus efectos (artículo 86 in fine).

Si no hay acuerdo en la solicitud, pareciera que, por regla general, cualquiera de los cónyuges está habilitado para demandar el divorcio. Por excepción, sólo podría solicitarlo el cónyuge inocente si se trata de divorcio por culpa (artículo 86.3°.b y 86.5°), o el que ha demandado (o reconvenido) la separación si se trata de divorcio fundado en la

interposición de demanda de separación por causa legal (artículo 86.2°).

Resumiendo, podemos apreciar que la legislación española no ha extirpado el divorcio por culpa. Lo acepta, sea sin espera de plazo (tratándose de crímenes graves), sea combinándolo con un plazo de separación de dos años (tratándose de incumplimiento de los deberes conyugales).

Por otra parte, se observa una mayor objetivización del divorcio por ruptura irremediable de la vida en común. Esta ya ni siquiera es mencionada en un precepto marco. La ley española traduce ese concepto en la cesación de la convivencia, cuyos plazos oscilan entre uno y cinco años. Comprobada esta falta de convivencia, el juez, sin más, debe declarar el divorcio, sin entrar a indagar si realmente la relación conyugal está o no irremediamente quebrada.

Se facilita el divorcio de común acuerdo, pues se reduce el plazo de espera casi al mínimo: basta con interponer la demanda de separación y esperar un año.

Se acepta igualmente el divorcio por voluntad unilateral, exigiéndose únicamente un plazo mayor de separación: cinco años.

#### ❑ **Legislación Ecuatoriana:**

En la legislación ecuatoriana, el divorcio es una de las formas como termina el matrimonio. Las otras son:

Por la muerte de uno de los cónyuges;

Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; o

Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

En cuanto a las causales de divorcio, el artículo 109° del Código Civil establece:

El adulterio de uno de los cónyuges;

La sevicia;

Las injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;

Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;

Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;

El hecho de que dé a luz la mujer durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;

Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;

El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;

El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano;

La condena ejecutoriada a reclusión mayor; o

El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

Asimismo es importante señalar que de acuerdo con el artículo 115° del Código Civil ecuatoriano, “para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento”.

#### ❑ **Legislación Argentina:**

Era interesante la posición de la legislación argentina ya que hasta antes de la Ley N° 2393 de 1889, ésta solo regulaba un “divorcio no vincular”, que permitía a los cónyuges vivir separados, pero sin poder volver a contraer una nueva unión, ya que seguían casados entre sí.

Dicha situación varió a partir de 1987, con la Ley N° 23.515 que introdujo en el Código Civil como figuras distintas aunque conectadas, la separación personal y el divorcio, al cual se reconoce ahora eficacia disolutoria del matrimonio.

Las causas del divorcio, en dicha legislación, tienen tres vertientes: la comprobación de culpa en uno de los cónyuges (que son consideradas tanto causas de separación como de divorcio), la falta de convivencia (comprobada a través de una sentencia de separación que se convierte



en divorcio o de un plazo de simple separación de hecho) y, finalmente, el mutuo acuerdo (que se restringe para los casos en los que cónyuges invoquen razones graves que hacen intolerable la vida en común).

Divorcio por culpa: Aquí son aplicables las causales establecidas en el artículo 202°. Estas son:

El adulterio;

La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;

La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;

Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; o

El abandono voluntario y malicioso.

Divorcio por falta de convivencia: Dos son las formas por las que procede este tipo de divorcio:

Por separación de hecho: se requiere una separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años (artículo 214°.2).

Por conversión de la sentencia firme de separación. Si lo piden ambos cónyuges, se declara el divorcio, transcurrido y año desde la sentencia firme de separación que se haya dictado por las causas de los artículos 202° (hechos imputables a un cónyuge), 204° (interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse por más de dos años) y 205° (mutuo acuerdo).

Si lo pide unilateralmente uno de los cónyuges el plazo se alarga a tres años desde la sentencia firme de separación, la cual podrá haberse dictado, además de las causas ya señaladas, por las del artículo 203° del Código Civil. (Alteraciones mentales graves y permanentes y alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge) (Artículo 216° en relación con el artículo 238° del Código Civil).

Divorcio por mutuo disenso:

Este tipo de divorcio se da por causas graves que hacen imposible la vida en común, por lo que los cónyuges manifestarán en forma conjunta dicha voluntad. Para ello deben haber transcurrido tres años de la celebración del matrimonio. Así lo establece el artículo 215°, que textualmente señala: “Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236°”.

Este supuesto, señala Corral T. (2005), aparentemente tiene un mayor control judicial. No es obligatorio para el Juez acceder a la demanda conjunta. Dice el código que si los intentos de conciliación desplegados en el curso del procedimiento no dieron resultados positivos, el Juez decretará el divorcio “cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves”. Pero, nótese que no se ordena al Juez indagar sobre la veracidad de las razones invocadas por los cónyuges; solamente se le pide que haga una valoración sobre si las razones invocadas son a su juicio “graves”. La cuestión queda entregada completamente al criterio subjetivo del juzgador.

Esta valoración judicial, además, es a su vez, imposible de controlar (ni siquiera por los comentadores de fallos), ya que el Código dispone que la sentencia que acoge el divorcio debe limitarse a expresar que los

motivos invocados hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que fundaren esta apreciación (artículo 236° del Código Civil).

En una visión de conjunto de la regulación argentina, puede comprobarse, en primer lugar, que subsiste en toda su entidad el divorcio por culpa y, es más, por regla general, el juez debe hacer en toda sentencia de divorcio declaración expresa de culpabilidad (artículo 235° del Código Civil).

En la mayoría de los casos derivados de la falta de convivencia refrendada por una separación de los cónyuges, el automatismo de la ley es total. El juez no puede entrar a valorar si efectivamente la comunidad de vida está irremediablemente quebrantada. Basta la sentencia de separación o la separación de hecho y el transcurso de un plazo. Incluso la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria opinan que la causal fundada en la “falta de voluntad de unirse” opera incluso cuando el que pide el divorcio es el cónyuge que ha abandonado el hogar.

#### □ **Legislación Chilena:**

Al promulgarse en Chile la Ley del Matrimonio Civil N° 19947, del 7 de mayo del año 2004, se ha excluido del grupo de los únicos tres países en el mundo que rechazaban el divorcio (los otros dos: Filipinas y Malta, siguen rechazándolo), pues la Ley de Matrimonio Civil anterior prácticamente no guardaba diferencias con el derecho canónico de su época e incluso este derecho actualmente ha evolucionado más, lo que se apreciaba por ejemplo en las causales de nulidad del matrimonio, que eran las mismas que las del derecho canónico de aquel tiempo.

En la práctica en Chile el divorcio desvincular venía aplicándose desde el año 1925 a través de la nulidad de matrimonio, invocando la causal

de incompetencia del Oficial del Registro Civil, que no era más que un divorcio bilateral no regulado.

De esta forma, la jurisprudencia chilena aceptó el divorcio bilateral a través de la nulidad del matrimonio como una forma de adaptar una legislación anacrónica a las necesidades de los ciudadanos. Pero así y todo, dicho esfuerzo que en su época era insuficiente lo era más aún en la actualidad, ya que colocaba a la parte que desea rehacer su vida en una situación negociadora muy desmejorada, ya que la parte que no tenía ningún interés en disolver el vínculo, exigía una compensación superior a lo que le correspondería recibir por sus probables derechos hereditarios.

Por otra parte, el divorcio o nulidad de matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil generaba importantes costos para las personas de escasos recursos, ya que la Corporación de Asistencia Judicial se negaba a tramitar dichas causas. Además aunque alguno de los aspectos a que da lugar esta singular figura-la nulidad por Incompetencia del Oficial del Registro Civil se regulan a través del matrimonio putativo, la solución a que se llega no es adecuada en la realidad, por el abuso de una posición dominante de una de las partes, que puede negarse a cooperar del todo, lo que haría imposible el divorcio. Todo ello generaba inseguridad y obligaba a las personas a tomar soluciones incluso fuera de la ley, como se comprueba respecto a todo tipo de acuerdos simulados. Pero la objeción más grave a la solución que adoptaba el ordenamiento jurídico chileno, a través de la nulidad por Incompetencia del Oficial del Registro Civil, era que ignoraba una serie de situaciones que se encuentran reguladas hace años en el derecho comparado, como las compensaciones que se deben los cónyuges después de la ruptura, la patria potestad de los hijos, etcétera.

El texto de la nueva ley, ha pasado en Chile por un control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional de dicho país, tal como prescribe su Constitución en el artículo 82º, numeral 1, antes que sea promulgada, mediante pronunciamiento expedido el 20 de abril del año 2004. Del debate tanto a nivel de la Cámara de Diputados como la de Senadores del Congreso Chileno, se ha podido apreciar cuan profundamente se contraponen el sector conservador y la propia Iglesia católica a esta nueva norma. Sin embargo se logró la aprobación del proyecto de ley haciendo hincapié en la noción de autonomía personal, acentuando la valoración social de éste, y si bien se cuestiona a las instituciones tradicionales, también se revela como necesaria la búsqueda de un equilibrio o de estabilidad de los grupos primarios como la familia, de cara a la realidad chilena. Los congresistas que apoyaron el proyecto fueron unánimes en la necesidad de buscar razonablemente, la mejor solución legal para la situación de los hijos y de los nuevos compromisos adquiridos por las parejas separadas de hecho.

## CAPÍTULO III

### ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Si bien la doctrina nacional y comparada es unánime en afirmar que se halla edificado sobre la teoría del divorcio: remedio, que prescinde de la búsqueda del cónyuge inocente y culpable (divorcio: sanción); sino lo que se pretende es salvaguardar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; no obstante existen pronunciamientos judiciales en donde no entiende tal disquisición elemental, pues muchas veces se entremezclan los conceptos cónyuge inocente y cónyuge perjudicado; que emanan de distintos fundamentos.

La indemnización por separación de hecho, tratada en el derecho peruano, es definitivamente una obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica que, de acuerdo a las circunstancias específicas, pudiera producir. El acreedor de esta obligación es aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio por separación de hecho le haya irrogado dicho menoscabo. En esta misma posición, el jurista español Aparicio Auñón refiriéndose a la compensación económica, señala lo siguiente; “en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta directamente por la Ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida en forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria”. Por consiguiente, de ninguna manera existiría una responsabilidad civil; simplemente, es la ley que reacciona ante el perjuicio económico y protege al cónyuge que lo experimenta. Y el legislador peruano lo hizo inclinándose por poner a cargo del otro cónyuge la obligación de indemnizar al más débil, pudiendo haber optado por otra solución, como la subsistencia del deber de socorro o trasladando el costo de la indemnización al Estado, mediante el establecimiento de un sistema de seguridad social. En fin, varias pudieron ser las alternativas.

La obligación de indemnización al cónyuge menos perjudicado es la propia ley. La indemnización no subsana el menoscabo, sino que la corrige; y de esa forma se previene el empeoramiento del cónyuge más débil. ¿Y cómo lo logra? Proporcionando al cónyuge más perjudicado una base cierta para que encare su vida futura separada en unas condiciones similares a las que gozaba durante el matrimonio. No se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino más bien una vida separada autónoma económicamente. Con singular comentario, pero en el mismo sentir el jurista Aparicio Auñón, manifiesta; “la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas. En cierta forma la labor compensadora de la ley viene a ser como una lotería al revés; que se da entre personas obligadas a correr la misma suerte y que se impone por razón de equidad y su cuantía depende de circunstancias personales de acreedor y deudor. El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar rentas o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales. La separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que, ciertamente, puede ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados”.

Además, lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Como es claro, esta alternativa remedial que se deja a criterio del magistrado, entre satisfacción en dinero y adjudicación de bienes resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica”. Si bien la doctrina nacional y comparada es unánime en afirmar que se halla edificado sobre la teoría del divorcio: remedio, que prescinde de la búsqueda del cónyuge inocente y culpable (divorcio: sanción); sino lo que se pretende es salvaguardar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; no obstante existen pronunciamientos judiciales en donde no entiende tal disquisición

elemental, pues muchas veces se entremezclan los conceptos cónyuge inocente y cónyuge perjudicado; que emanan de distintos fundamentos.

La indemnización por separación de hecho, tratada en el derecho peruano, es definitivamente una obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica que, de acuerdo a las circunstancias específicas, pudiera producir. El acreedor de esta obligación es aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio por separación de hecho le haya irrogado dicho menoscabo. En esta misma posición, el jurista español Aparicio Auñón refiriéndose a la compensación económica, señala lo siguiente; “en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta directamente por la Ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida en forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria”. Por consiguiente, de ninguna manera existiría una responsabilidad civil; simplemente, es la ley que reacciona ante el perjuicio económico y protege al cónyuge que lo experimenta. Y el legislador peruano lo hizo inclinándose por poner a cargo del otro cónyuge la obligación de indemnizar al más débil, pudiendo haber optado por otra solución, como la subsistencia del deber de socorro o trasladando el costo de la indemnización al Estado, mediante el establecimiento de un sistema de seguridad social.

La obligación de indemnización al cónyuge menos perjudicado es la propia ley. La indemnización no subsana el menoscabo, sino que la corrige; y de esa forma se previene el empeoramiento del cónyuge más débil. ¿Y cómo lo logra? Proporcionando al cónyuge más perjudicado una base cierta para que encare su vida futura separada en unas condiciones similares a las que gozaba durante el matrimonio. No se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino más bien una vida separada autónoma económicamente. Con singular comentario; “la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas. En cierta forma la labor compensadora de la ley viene a ser como una lotería al revés; que se da entre personas obligadas a correr la



misma suerte y que se impone por razón de equidad y su cuantía depende de circunstancias personales de acreedor y deudor. El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar rentas o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales. La separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que, ciertamente, puede ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados”.

Además, lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Como es claro, esta alternativa remedial que se deja a criterio del magistrado, entre satisfacción en dinero y adjudicación de bienes resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica siempre que se tenga bien claro que las indemnizaciones por sacrificio son netamente distintas de las genuinas indemnizaciones de daños.

En el plano la praxis judicial, resulta de vital importancia que el Juzgador dentro de los juzgados de familia de la provincia de Huaura fije correctamente una posición, en cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada por separación de hecho; prescindiendo toda aquella tendencia jurídica que no encuentra un adecuado respaldo legal y principalmente real, pues de ello depende el éxito de sus pronunciamientos jurisdiccionales o el demérito. Finalmente, consideramos que el desarrollo normativo de la indemnización derivado de la separación de hecho, adolece de varias imprecisiones en los aspectos tanto sustanciales como procesales que podrían traducirse en un falso concepto de la misma, entendiéndola más que como un mecanismo destinado a evitar inequidades patrimoniales manifiestas entre los cónyuges, como una sanción aplicada sin límite temporal y asociada a la culpabilidad de uno de ellos; de tal manera que queda aún una larga tarea doctrinal y jurisprudencia a fin de poder afinar coherentemente el estudiado instituto.

## Conclusiones

1. La separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio tiene carácter mixto y da lugar a un sistema de divorcio remedio mixto, en la medida 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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.

## Recomendaciones

1. Tanto la actividad política, como la académica, así como la de la Magistratura, debe ser enfocada a generar lineamientos de real apoyo a la estabilidad de las Familias, a la comunidad de vida entre los cónyuges y rodearla de seguridad, evitando el quiebre de la vida afectiva familiar. Puntualmente debería desarrollarse las estrategias y actividades de la ley de Fortalecimiento Familiar, para darle eficacia.
2. Debería establecerse como cláusula de dureza dentro de la aplicación de la causal de separación de hecho, la posibilidad del Juzgador en el caso concreto, de denegar la petición de divorcio, cuando se acredite mediante evaluación razonada que traerá consecuencias nocivas mayores o de perjuicio más grave, para el cónyuge perjudicado con la separación. Ello se respalda en el hecho que sea el 70% de varones los que sobre el total de la muestra analizada, recurren a esta nueva vía solicitando el divorcio, cuando bien sabemos que de acuerdo a factores de idiosincrasia e incluso económicos, las más perjudicadas son las cónyuges y los hijos.
3. Como consecuencia de esta recomendación se ha elaborado un proyecto de modificación a la legislación sustantiva, incluyendo la “cláusula de dureza” en el ordenamiento, como una forma de evitar un perjuicio mayor para el cónyuge abandonado o los hijos del matrimonio.

## Referencias Bibliográficas

- Alfaro Valverde Luis. (2011). La Indemnización en la Separación de Hecho, ed. Gaceta Jurídica, Lima.
- Alfaro Valverde, Luis. (2009). “Análisis Jurisprudencial en Torno a la Indemnización Derivada de la Separación de Hecho en el Perú”, Primer Concurso de Investigación Jurídica de Jurisprudencia Nacional. Academia de la Magistratura. Lima.
- Alfaro Valverde, Luis. (2009). Análisis Procesal del Requisito Estar al Día en la Obligación Alimentaria” Para Invocar la Causal de Separación de Hecho. Diálogo con la Jurisprudencia. Vol.14. N° 124. Enero, Lima.
- Alvarado Velloso, Adolfo. (2010). El Garantismo Procesal. Ed. Adrus. Arequipa.
- Álvarez Conde Enrique. (199). Curso de Derecho Constitucional. Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid.
- Álvarez Mazu, Carlos. (2012). “Destino de las acciones de los cónyuges al Divorciarse: Posición de la SMV (ex Conasev)”. Revista Contadores & Empresas. N° 188. Agosto, Lima.
- Aparicio Auñón, Eusebio. (1999). “La Pensión Compensatoria”. Revista de Derecho de Familia. N° 5.
- Arias Schreiber Max. (2002). Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, t.7, Derecho de Familia. 3° Ed. con la Colaboración de Ángela Arias Schreiber Y Alex Placido Vilcachahua. Ed. Gaceta Jurídica, Lima.
- Baquero Rojas Edgard Y Buenrostro Báez, Rosalía. (1994). Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla S.A. México
- Bustamante Oyague Emilia. (2002). “Tenencia y Patria Potestad: Doctrina y Jurisprudencia. Tenencia de los Hijos y Régimen de Visitas como Atributos de la Patria Potestad. Lima.
- Bustamante Oyague Emilia. (2007). En Código Civil Comentado. Primera Parte, Derecho de Familia. Ed. Gaceta Jurídica. Lima.
- Cabanellas Guillermo. (2005). Diccionario Jurídico Elemental. 3ra. Edición. Editorial de Palma. Buenos Aires - Argentina.

- Cooral Talciani, Hernán. (2005). Derecho y Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima-Perú.
- Corral Talcini, Hernán. (2005). Derecho y Derechos de la Familia. pp. 162 y 163. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima.
- Fernández Sessarego, Carlos (2002). “El Proyecto de Vida y los Derechos Fundamentales”. En: Revista Jurídica del Perú. N° 35, año LII. Lima.
- Fernández Sessarego, Carlos (2008). “El Proyecto de Vida ¿Merece Protección Jurídica?”. Revista Jurídica del Perú. N° 84. Lima-Perú.
- Mazzinghi, Jorge. (1995-1998). Derecho de Familia. T.3. Ed. Abaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires.
- Medina Graciela. (2002). Daños en el Derecho de Familia. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires – Argentina.
- Monroy Gálvez, Juan. (1996). Introducción al Proceso Civil. Ed. Themis de Belaunde. Santa Fe de Bogotá.
- Peralta Andia Javier. (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. 4° ed. Idemsa. Lima.
- Plácido Vilcachahua, Alex, (2008), Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia civil, Lima, 1° Edición, Gaceta Jurídica, Lima.
- Plácido Vilcachahua, Alex. (2001). “El divorcio”. Ed. Gaceta Jurídica. Lima.
- Plácido Vilcachahua, Alex. (2001). “Manual de Derecho de Familia”. Ed. Gaceta Jurídica. Lima.
- Plácido Vilcachahua, Alex. (2001). “Reforma del Régimen del Régimen del Decaimiento y Disolución del Matrimonio”. Ed. Gaceta Jurídica. Lima.
- Roca Trias, Encarnación, (1999). Familia y Cambio Social De La “Casa” A La Persona. Madrid, España.
- Savatier, René. (1950). El Realismo y el Idealismo en el Derecho Civil de Hoy. T.1. Ed. Biblioteca General de la Ley y la Jurisprudencia. Paris.
- Taboada Córdova Lizardo (2003). Elementos de la Responsabilidad Civil. 2da. Ed. Editora Grijley. Lima.

Tantalean Odar, Reynaldo. (2013). "Algunas Cuestiones Periféricas" en el Tercer Pleno Casatorio Civil". Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 176, N° 6. Lima.

Taya Rutti, Patricia. (2007.) En Código Civil Comentado. T.2. Primera Parte. Derecho de Familia. Ed. Gaceta Jurídica, Lima.

Velásquez Gómez, Juan. (1984). Procesos Civiles de Conocimiento. 2° ed. Temis Librería. Bogotá.

## **Páginas Web**

### **Constitución Política Del Perú**

<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> (Revisado el 1 de Junio del 2018).

### **Código Civil Peruano**

[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_per\\_cod\\_civil.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf) (Revisado el 1 de Junio del 2018).

### **Código Procesal Civil**

[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_per\\_cod\\_civil.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf)(Revisado el 1 de Junio del 2018).

### **Legislación Inglesa:**

[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_per\\_cod\\_civil.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf)(Revisado el 1 de Junio del 2018).

### **Legislación Española:**

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>(Revisado el 10 de Junio del 2018).

### **Legislación Ecuatoriana:**

<http://www.abogadosdecuador.com/codigo-civil.htm>(Revisado el 10 de Junio del 2018).

**Legislación Argentina:**

[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)(Revisado el 10 de Junio del 2018).

**Legislación Chilena:**

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&r=1>(Revisado el 10 de Junio del 2018).

# ANEXO