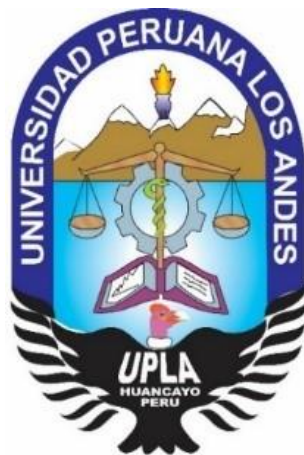


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**LA REGULACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN
LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA Y EL DERECHO DEL
CÓNYUGE PERJUDICADO EN LA CIUDAD DE HUANCAYO,
2016**

**Para Optar : El Grado Académico de Maestro en Derecho y
Ciencias Políticas, Mención: Derecho Civil y
Comercial**

Autor : Bach. Caroline Isabelle Tapia Flores

Asesor : Mg. Milagritos Abigail Diaz Ñaupari

Línea de Investigación: Desarrollo Humano y Derechos

HUANCAYO – PERÚ

2019

MIEMBROS DEL JURADO

Dr. Juan Manuel Sánchez Soto
Director

Mg. Faustino Raúl Cutti Seguil
Jurado

Mg. Carlos Alfredo Santa Cruz Urbina
Jurado

Mg. Elmer Leoncio Pelinco Quispe
Jurado

Dr. Jesús Armando Cavero Carrasco
Secretario Académico

ASESOR DE LA TESIS:
Mg. MILAGRITOS ABIGAIL DIAZ ÑAUPARI

DEDICATORIA:

A mi alma mater por la formación académica
alcanzada.

AGRADECIMIENTO:

A mis familiares más cercanos por el apoyo
absoluto.

ÍNDICE

CARÁTULA	i
MIEMBROS DEL JURADO	ii
ASESOR DE LA TESIS	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE	vi
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN	xi

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.1.1. Problema General.....	16
1.1.2. Problemas Específicos	16
1.2. OBJETIVOS	17
1.2.1. Objetivo General	17
1.2.2. Objetivos Específicos.....	17
1.3. JUSTIFICACIÓN	18
1.3.1. Teórica	18
1.3.2. Social	18
1.3.3. Metodológica	19
1.4. HIPÓTESIS Y VARIABLES	19
1.4.1. Formulación de la hipótesis	19
A. Hipótesis general	19
B. Hipótesis específicas o secundarias	19
1.4.2. Variables e indicadores	20

A. Variable independiente	20
B. Variable dependiente	20

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES.....	21
2.2. BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS	29
2.2.1 Contractualista	29
2.2.2 Institucionalista	31
2.2.3 Mixta.....	32
2.2.4 Consideraciones generales del divorcio por causal	33
2.2.5 Marco filosófico del divorcio por causal	38
2.2.6 Marco doctrinario	45
2.2.7 Efectos legales del divorcio por causal de separación de hecho.....	75
2.2.8 Regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho	78
2.2.9 Naturaleza jurídica de la indemnización	81
2.2.10 La indemnización en la norma peruana	86
2.2.11 Imprecisión de la norma	88
2.2.12 Quantum de la indemnización	89
2.2.13 Proyecto de vida del cónyuge afectado	92
2.2.14 Inestabilidad económica del cónyuge afectado	96
2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS	97

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Métodos de investigación.....	104
A. Métodos Generales de la Investigación.....	104
B. Métodos Particulares de la Investigación.....	105

3.2. Diseño Metodológico	106
3.2.1. Tipo y nivel de Investigación.....	106
3.2.2. Diseño de la investigación	106
3.2.3. Población y muestra de investigación.....	106
A. Población	106
B. Muestra	106
C. Técnicas de Muestreo	107
3.2.4. Técnicas de recolección de Información.....	108
3.3. Proceso de construcción, validación y fiabilización de instrumentos.....	108

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	110
4.2. SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	117
4.3. HIPÓTESIS GENERAL	124

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	128
5.2. SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	130
5.3. HIPÓTESIS GENERAL	131
5.4 PROPUESTA DE MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL EN MÉRICO A LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA INVESTIGACIÓN	133
CONCLUSIONES	135
RECOMENDACIONES	136
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	137
ANEXOS	144

RESUMEN

El Plan de Investigación parte del **Problema:** ¿De qué manera se regula la legislación la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el derecho de cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo en la Legislación Peruana? ; siendo el **Objetivo:** Determinar la manera la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016; **Tipo:** básico, en el **Nivel** Descriptivo – Explicativo. Se utilizará para contrastar la Hipótesis, **los Métodos;** Inductivo- Deductivo, Análisis-Síntesis; así mismo Métodos Particulares como Exegético, Sistemático, Sociológico: Con un **Diseño** Descriptivo Simple, con una sola **Muestra** y un Tipo de **Muestreo** Aleatorio Simple. Para la Recolección de Información se utilizará Encuestas y Análisis Documental; llegándose a **la conclusión** que Es de real importancia la regulación pertinente sobre la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana actual, por cuanto el margen de afectación el derecho del cónyuge perjudicado cada día se va incrementando en la sociedad peruana trayendo como consecuencia la diversidad de tendencias por parte de los juristas de nuestro entorno jurídico.

Palabras clave: la legislación peruana, la indemnización, el divorcio por causal de separación de hecho, el derecho de cónyuge perjudicado, imprecisión, quantum.

ABSTRACT

The Investigation Plan starts from the Problem: How is the legislation regulating the compensation of divorce due to de facto separation and the right of an injured spouse in the city of Huancayo in the Peruvian Legislation? ; being the Objective: Determine the way the regulation of the compensation of the divorce by cause of separation of fact in the Peruvian civil legislation, affects the right of the injured spouse in the city of Huancayo, 2016; Type: basic, at the Descriptive - Explanatory level. It will be used to contrast the Hypothesis, the Methods; Inductive- Deductive, Analysis-Synthesis; likewise Particular Methods such as Exegetical, Systematic, Sociological: With a Simple Descriptive Design, with a single Sample and a Simple Random Sample Type. For the Collection of Information, Surveys and Documentary Analysis will be used; reaching the conclusion that it is of real importance the relevant regulation on the compensation of divorce due to de facto separation in the current Peruvian civil legislation, as the margin of affectation the right of the wronged spouse every day is increasing in the Peruvian society bringing as a consequence the diversity of tendencies on the part of the jurists of our legal environment.

Key words: Peruvian legislation, compensation, divorce due to de facto separation, the right of an injured spouse, imprecision, quantum.

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas que se suscitan en el Derecho Civil, es el referente a aquellos enlaces privados que viven en una estable y duradera comunidad de existencia llamada matrimonio, pero luego de un tiempo que determina la propia normatividad se produce un rompimiento fundamental entre ellos que conlleva a vivir separados a pesar de haber o no hijos de por medio.

El fundamento teórico y legal está referido a los siguientes aspectos: que cualquier hecho, conducta o acontecimiento que pueda minar o mermar la esencia íntima de la institución matrimonial se estima prima facie como impropio por naturaleza para recibir la aprobación de la ley, y mucho más, claro está, de la moral. Pero es más maduro reflexionar y considerar lícito un cierto temperamento de equidad en trance de una humanitaria y justa defensa de intereses dignos de protección al cónyuge que resulte más dañado como consecuencia de la relación matrimonial. Encontrar una solución intermedia, de matriz generoso que, sin atacar a la institución matrimonial, antes bien defendiéndola, brinde amparo a aquellos intereses dignos de protección, es el gran empeño de los juristas y sociólogos.

Presentemos en tal respecto, éste fenómeno social, que tiene sus propias raíces en la misma realidad de la vida.

Nuestra Legislación Civil, es clara, respecto al divorcio por causal de separación de hecho, al sujetar los bienes adquiridos por ellos al régimen de sociedad de gananciales, protegiendo así al momento de terminar el matrimonio, luego se les otorgue la parte de los bienes gananciales que les correspondan; pero al existir el comportamiento negativo dentro de la institución del matrimonio, por

ello es bueno analizar la indemnización correspondiente que debe tener aquel cónyuge que jamás tuvo pensado en su vida matrimonial que a corto o largo plazo nunca se cumpliría lo proyectado en su vida en tener una familia muy bien constituida y al incumplirse por culpa del otro se provoca un daño moral, social, psicológico de él y de su prole.

Finalmente, Ley N° 27495 concede una indemnización al cónyuge que demuestra fehacientemente el perjuicio ocasionado bajo ciertos requisitos que deben demostrarse en el proceso judicial y que el órgano jurisdiccional tendrá comprobado.

Por lo tanto, diremos que si bien es cierto, lo ideal para adquirir el status de libertad es el divorcio, la ley no puede dejar de contemplar que el divorcio por causal de separación de hecho que tiene un sin número de matrimonios que fundamentan su pretensión en un proceso judicial, por las consecuencias que genera; pero esta reglamentación debe estar dirigida a la gradual que debe existir en cuanto al monto indemnizatorio que le corresponde al cónyuge más afectado por causa de esta situación jurídica en el ámbito personal, moral social y psicológico que también involucra a los hijos, ya que los cónyuges al observar a la institución del matrimonio, por lo cual no podrán evadir sus obligaciones.

Bajo este contexto la presente investigación formulo como **Problema General:** ¿ De qué manera se regula la legislación la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el derecho de cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo en la Legislación Peruana?; **Justificándose Teóricamente** porque, mediante la Ley N° 27495 se incorporó la “separación de hecho” como una

nueva causal para demandar separación de cuerpos y/o divorcio, añadiendo además la figura jurídica denominada: “indemnización en caso de perjuicio”, particularmente regulada en el segundo párrafo del artículo 345-A; instituto que supuestamente dejaría de lado la teoría o tendencia del divorcio sanción, por la concepción objetiva de divorcio remedio, concibiéndose así el sentido de la norma.

Así mismo se determinó la **Justificación Social** en la medida que la imprecisión de su regulación ha dado lugar a que un número importante de juristas identifiquen sus principales falencias, como también a diversos y contradictorios fallos judiciales sobre supuestos similares, particularmente en lo atinente a la segunda parte del artículo 345°-A, referida a la indemnización del cónyuge perjudicado, lo que determinó la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil pero en él tampoco se puede colegir estándares o criterios para designar la indemnización y así el cónyuge que es miembro activo de nuestra sociedad conoce de forma concreta la situación jurídica de la institución del divorcio por causal de separación de hecho; de igual forma como **Justificación Metodológica** se diseñó, construir y validar instrumentos de recolección de datos, así mismo se planteará alternativas de solución adecuada. Así mismo se precisará la naturaleza jurídica del divorcio por causal de separación de hecho y la Legislación Peruana reconoce la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.

El **Objetivo General** de la investigación fue Determinar la manera la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016.

En el **Marco Teórico** se desarrolló las Consideraciones Generales del divorcio los tipos de divorcio en nuestra legislación, los antecedentes históricos del divorcio por causal de separación de hecho y con ello demostrar la importancia de establecer el quantum de la indemnización a favor del cónyuge afectado en su aspecto personal, moral, psicológico y social como también a los hijos.

Se planteó como **Hipótesis General** que: La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016; siendo su **Variable Independiente:** Regulación de la indemnización del divorcio, **Variable Dependiente:** Derecho del cónyuge perjudicado.

El trabajo de investigación pertenece al tipo de investigación básica o teórica, con un **Nivel de Investigación Explicativo** y para su realización se utilizó como **Métodos Generales de Investigación:** El método inductivo-deductivo, método comparativo, método analítico-sintético, y como **Métodos Particulares** se utilizó: el Método Exegético, métodos sistemáticos y el método sociológico. El **Diseño empleado** fue: el descriptivo simple; **La Muestra** utilizada fue de 72 abogados del Colegio de Abogados de Junín de acuerdo al procedimiento para calcular el tamaño de la misma. **La Técnica de Muestreo** fue Aleatorio Simple; se aplicó la técnica de la encuesta y el análisis documental.

En este orden de ideas la presente tesis se encuentra estructurada en IV capítulos:

- El primer capítulo denominado “Planteamiento de la Investigación”, donde se desarrolla con puntualidad y precisión el Problema, Justificación, Marco Teórico e Hipótesis.
- El segundo capítulo titulado “Marco Teórico” en el cual se ha desarrollado los antecedentes, las bases teóricas científicas y la definición de términos o conceptos.
- El tercer capítulo titulado “Metodología de la Investigación”, donde se describe el Tipo y Nivel de Investigación Científica y los Métodos de Investigación utilizados en el desarrollo de la Investigación.
- El cuarto capítulo referido a los “Resultados de la Investigación” describiéndose los resultados obtenidos en la encuesta aplicada a 72 abogados del CAJ en la ciudad de Huancayo.
- El quinto capítulo titulado “Discusión” donde se realizó la contratación de los resultados de la investigación con las hipótesis específicas diseñadas en la investigación.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1 Problema General:

¿De qué manera la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016?

1.1.2 Problema Específico:

A. ¿Cómo al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado?

- B. ¿De qué manera al no estar establecido en quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado?

1.2 OBJETIVOS:

1.2.1 Objetivo General:

Determinar la manera de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016.

1.2.2 Objetivo Específico:

- A. Analizar como la imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado.
- B. Determinar de qué manera al no estar establecido el quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado.

1.3 JUSTIFICACIÓN

1.3.1 Teórica:

El tema de investigación es relevante teóricamente porque, mediante la Ley N° 27495¹ se incorporó la “*separación de hecho*” como una nueva causal para emplazar la separación de cuerpos y/o divorcio, añadiendo además la figura jurídica denominada: *indemnización en caso de perjuicio*, particularmente regulada en el segundo párrafo del artículo 345-A; instituto que supuestamente dejaría de lado la teoría o tendencia del divorcio sanción, por la concepción objetiva de divorcio remedio, concibiéndose así el sentido de la norma”.

1.3.2 Social:

El tema de investigación es relevante socialmente en la medida que la imprecisión de su regulación ha dado lugar a que un número importante de juristas identifiquen sus principales falencias, como también a diversos y contradictorios fallos judiciales sobre supuestos similares, particularmente en lo atinente a la segunda parte del artículo 345-A, “referida a la indemnización del cónyuge perjudicado, lo que determinó la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil pero en él tampoco se puede colegir estándares o criterios para designar la indemnización y así el cónyuge que es miembro activo de nuestra

¹ Diario Oficial El Peruano, Ley N° 27495, publicado el 7 de julio del 2001, entrada en vigencia el 08 de julio del 2001.

sociedad conoce de forma concreta la situación jurídica de la institución del divorcio por causal de separación de hecho”.

1.3.3 Metodológica:

Metodológicamente se dará un aporte al diseñar, construir y validar instrumentos de recolección de datos, así mismo se planteará alternativas de solución adecuada. Así mismo se precisará la naturaleza jurídica del divorcio por causal de separación de hecho y la Legislación Peruana reconoce la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.

1.4 HIPOTESIS Y VARIABLES

1.4.1 Formulación de la hipótesis:

A. Hipótesis General:

La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016.

B. Hipótesis Específicas:

A. Al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado.

B. Al no estar establecido un quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado.

1.4.2 Variables e indicadores

A. Variable Independiente:

La Regulación de la Indemnización del Divorcio. -

V. INDEPENDIENTE	DIMENSIONES	INDICADORES
X: Regulación de la indemnización del divorcio	Imprecisión de la norma.	<ul style="list-style-type: none"> • Acuerdo económico entre los cónyuges para la separación • Estabilidad económica del cónyuge perjudicado • Estabilidad económica de los hijos perjudicados
	Quantum indemnizatorio.	<ul style="list-style-type: none"> • Tiempo de convivencia • Número de hijos • Estado emocional • Estado de salud • Indemnización por daños (dependiendo del caso: proyecto de vida, moral)

B. Variable Dependiente:

Derecho del Cónyuge Perjudicado. -

V. DEPENDIENTE	INDICADORES
Y: Derecho del cónyuge perjudicado	Proyecto de vida.
	Inestabilidad económica.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

EL CÓDIGO CIVIL DE 1852

Si nos podemos a analizar la documentación doctrinaria y jurídica podemos asegurar la legislación antiquísima que se tiene es la ley de Moisés quien fue el conductor del pueblo judío y luego tenemos la Ley de las Doce Tablas o también denominada la Ley Mosaica que tenía reglas básicas del derecho civil destacando una unidad jurídica del Estado consignando varias figuras jurídicas como el divorcio. Si nos ubicamos en la época romana se puede encontrar diversas normas en el ámbito civil en el Corpus Juris Civiles y el trabajo de los pretores.

En este cuerpo normativo los únicos contenidos que tenían era: El Título Preliminar, Personas, Cosas y Obligaciones, por que denota que no existía un capítulo especial de familia.

Que desde la época de la república en nuestro país en el artículo 192° del Código Civil de 1852² “se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose de esta forma la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación”.

En el código civil peruano del año 1852, estuvo vigente hasta el 14 de noviembre de 1936; realizando una búsqueda meticulosa de la revisión legislativa se puede denotar que no se observó el supuesto de la indemnización del daño por el incumplimiento de los deberes conyugales, dado que denota el imperio de la dominación masculina incluso en las normas. En este código sustantivo de antaño se implantó que en la institución del divorcio ponía término a los deberes conyugales del lecho y habitación y a la sociedad legal de bienes; pero dejaba subsistente el vínculo matrimonial, de esta manera impedía que los separados contrajeran nuevas nupcias³. En esa época se concibió al divorcio como especie de remedio de un mal latente en la sociedad peruana.

El doctrinario y docente sanmarquino Emilio F. Valverde sustenta que: “en el Código Civil peruano del año 1852, señala que el matrimonio debe

2. EUGENIO CASTAÑEDA, Jorge, “Código Civil concordancias, y jurisprudencia de la Corte Suprema”, 2da. Edición, Lima-Perú, 1910, Pág. 277.

3 Artículo 208º: "El divorcio formalmente declarado pone término a los deberes conyugales, en cuanto al lecho y habitación, y disuelve, en cuanto a los bienes, la sociedad legal".

celebrarse de acuerdo a lo establecido por el Concilio de Trento siendo éste indisoluble, donde sólo cabe la separación de cuerpos más no el divorcio y siendo, además, competentes los Tribunales Eclesiásticos quienes conocerán de los elementos y efectos civiles del matrimonio. Quien no reconocía estos principios, estaba imposibilitado de casarse en el Perú”.⁴

Si le damos una lectura al código civil del año 1852 podemos contemplar que existía un divorcio vincular en la que se observaba claramente como una institución jurídica válida para aquella época, aunque revisando la doctrina de esos años nominalmente se empleaba dicha termino para definir posteriormente la figura de la separación de cuerpos entre los cónyuges. En el artículo 191° del Código Civil dice a la letra:

“Art. 191°: Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”.

El cuerpo normativo de 1852, como se puede apreciar, reflejaba claramente la postura irrestricta de los cuerpos legales que lo había inspirado en aquel momento, en esta época lo más conocido y difundido dentro del ámbito civil familia fue el Derecho Español y el Derecho Canónico que se encontraba muy enraizado y que consagraba la institución del matrimonio religioso como un carácter monógamo e indisoluble, es decir, que no había fuerza humana que podía cambiarlo, de esta manera se sustentaba una posición plenamente antidivorcista. Entonces concebida esta forma de pensar era ilógica de repasar siquiera en una indemnización a alguno de los cónyuges ni a los

⁴ VALVERDE, EMILIO F. “El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano”, Tomo I. Imprenta Ministerio de Guerra, LIMA-Perú, 1942.

hijos porque de ninguna manera podrían separarse y mucho menos divorciarse por lo no existía forma humana de preexistir esta situación legal.

EL CODIGO CIVIL DE 1936

En este código podemos encontrar los siguientes contenidos: Título Preliminar, Personas, Familia, Sucesiones, Derechos Reales y Obligaciones, se da mucha relevancia a la figura de la familia a comparación del Código Civil anterior. Este código fue promulgado el 30 de agosto del año 1936⁵ y entro en vigencia el 14 de noviembre del 1936. El nacimiento de este nuevo cuerpo normativo entre los juristas de la época se encontraba plasmado en la postura de Mariano Lino Urquieta quien decía:

“El divorcio es un remedio para el matrimonio enfermo y doliente para cuyo efecto debe de tomarse el remedio, dado que los sanos no lo necesitan, lo toman los enfermos; como la quinina es un remedio para el paludismo y no toman quinina para los que no se encuentran infectados con dicha enfermedad. De esta manera los que contrajeron nupcias y se hallen felices no tiene que preocuparse de la figura jurídica del divorcio, dado que se encuentran dentro de los matrimonios sanos, matrimonios edificantes, matrimonios modelos representativos dignos de una buena célula de la sociedad peruana, caso contrario tenemos también en nuestra sociedad matrimonios sin ventura, sin felicidad y que la norma debe tener una respuesta a aquella realidad humana.”⁶

5 GUZMAN FERRER, Fernando, “Código Civil”, 4ta. Edición, Tomo I, Cultural Cuzco editores S.A, Lima-Perú, 1982.

6 Diario la Prensa, editorial, Lima 09 de octubre de 1930.

En el cuerpo normativo del Código Civil Peruano de año 1936⁷ “se reconoció el divorcio absoluto y la posibilidad de las partes a contraer un nuevo matrimonio; de la misma manera se reconoció la causal de separación de cuerpos, más conocido en el mundo jurídico como divorcio relativo por mutuo disenso, pero con el requisito indispensable después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio y ulterior divorcio absoluto al año de declarada judicialmente la separación de cuerpos”.

Sin embargo, “no se mencionó la posibilidad de reparación del daño material, que podría ocurrir sobre todo en los casos de sevicia, atentado contra la vida, abandono malicioso del hogar, uso de estupefacientes, enfermedad venérea grave y condena privativa de la libertad”.⁸

Miro Quesada sustenta que: “El Código Civil de 1936 se inspiró en el movimiento de laicalización y mantiene inalterables las disposiciones sobre matrimonio civil obligatorio y divorcio aunque hacía distinción entre hijos legítimos, ilegítimos, legitimados y alimentistas, aspecto éste que la Constitución de 1979 se encargó de dejar sin efecto al reconocer que todos los hijos tienen los mismos derechos”⁹

EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

La normativa vigente en nuestro país tiene en principio los siguientes contenidos: Título Preliminar, Personas, Familia, Sucesiones, Derechos Reales

7 ANTONIO LAMA, Miguel, “Código Civil anotado y concordado e índice alfabético de sus artículos precedido de un juicio crítico u apéndice”. 3°. Edición, Lima-Perú, Librería e Imprenta Gil, 1905.

8 LEÓN BARANDIARÁN, José: Curso Elemental de Derecho Civil Peruano. 3° Edición. Lima, 1980.

9 MIRO QUESADA, Oscar, “sobre el Divorcio –Tesis para el bachillerato en Jurisprudencia, imprenta de El Comercio, Lima, 1911.

y Obligaciones, Prescripción y Caducidad, Registros Públicos, Derecho Internacional Privado, Título Final no trajo consigo ninguna innovación, es decir, que no se proporcionó ningún avance técnico legal respecto al divorcio por causal de separación de hecho y por lo contrario reprodujo de manera exacta lo establecido en el régimen legal anterior, con respecto a las causales de divorcio como en lo estipulado a la responsabilidad por daño moral ocasionado al cónyuge inocente.

“Pero hubo una dificultad respecto a la probanza de la causa ajena para demandar el divorcio, produjo que muchas parejas se separaran y convivieran informalmente con su nueva pareja”.¹⁰ La incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil data de la Ley N° 27495¹¹, publicada el 07 de julio del 2001, “luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. El primer Proyecto de Ley fue N° 253/85 que data del 29 de octubre de 1985, el siguiente fue del año 1996, el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR en el año 1998. por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos”.

Más tarde, en el año 2000, se presentaron siete propuestas legislativas, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de

10 LEON BARANDEARAN, José. “Comentarios al Código Civil Peruano”. Librería e Imprenta Gil S.A. Lima, 1985.

11 Diario Oficial El Peruano, Ley N° 27495, publicado el 7 de julio del 2001, entrada en vigencia el 08 de julio del 2001.

tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada. Luego de amplio debate nació la Ley N° 27495.

Esta ley introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubiera hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, pero no se considera la separación de hecho cuando tiene su origen por cuestiones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Asimismo, nace la necesidad de incorporar un artículo específico en nuestra codificación actual (artículo 345-A), “con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”.

De igual forma, en el articulado mencionado se previó la posibilidad de “fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que nace de por sí de esta eventualidad, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado de la separación de hecho”, las disposiciones

contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

En las Disposiciones Complementarias y Transitorias se regula algo muy importante para la aplicación de la ley en el tiempo. El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la norma en mención y cumplan con el plazo establecido por ésta, se encontraría habilitado para recurrir al órgano jurisdiccional correspondiente para solicitar la aplicación de la causal.

Vale destacar que la vigencia de la Ley N° 27495¹², “incorporó como supuesto del divorcio el hecho de la separación, como remedio a la situación anteriormente mencionada. Este nuevo modelo de divorcio-remedio se basa en el incumplimiento del deber conyugal de hacer vida en común y la ruptura de la comunidad matrimonial por la separación existente entre los cónyuges por más de dos años *-si no tienen hijos menores de edad-* o cuatro años *-si tienen hijos menores de edad-*. Asimismo, de manera innovadora se introdujo la indemnización integral del daño conyugal, estableciéndose que al cónyuge que resulte perjudicado con la separación, se le concederá una indemnización a su favor; no sólo por los daños morales, sino que comprende todo tipo de daño, incluso los daños personales y materiales”.

¹² Hubo algunos problemas sobre la entrada en vigencia de la ley, puesto que no entro en vigencia en el plazo constitucional respectivo, este hecho perjudico enormemente a las partes procesales de aquel momento. Los representantes de la mesa directiva del Congreso que eran Carlos Ferrero Costa y Henry Pease García practicaron sus buenos oficios para comunicar a la Presidencia del Consejo de Ministros la Ley N° 27495 para incorporar “la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, el Señor Presidente de la República, el Dr. Javier Pérez de Cuellar, en su calidad de Presidente del Consejo de Ministros, dispuso su cumplimiento, publicándose en el diario oficial *El Peruano* el día 7 de Julio del 2001, comenzándose a divulgar la ley”.

Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333^{o13} . “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal. Con esta modificatoria, existen dos sistemas de divorcio en nuestro Código Civil, uno subjetivo, basado en la búsqueda de un cónyuge culpable de la ruptura, a quien se le cargará la responsabilidad civil por el daño moral; y, otro objetivo, en el que la investigación está destinada a acreditar la ruptura del vínculo matrimonial y la responsabilidad civil por todos los daños causados”.

2.2. BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS

Antes de ubicar el problema en la teoría correspondiente es necesario explicar en forma breve que existen diversas concepciones que tienen consideraciones de índole ética y religiosa tanto en la doctrina de los autores a ser los siguientes:

2.2.1. Contractualista:

Esta posición se encuentra formulada desde tres ángulos y cada uno tiene su sustento a ser: La canónica, la civil tradicional y la de Derecho de Familia. Por su parte el enfoque canónico, considera al matrimonio como un sacramento divino que se forma a través de un

13 Uno de los requisitos fundamentales que equipara la norma sustantiva es que el actor deberá probar fehacientemente con medios probatorios válidos que ha cumplido con su obligación, deberes y derechos que nace del matrimonio de proveer sus necesidades básicas aportando por las mimas y, además, se exige de manera específica el pago oportuno y puntual por concepto de alimentos.

contrato matrimonial válido que viene de una línea celestial y que no debe existir ley humana que debe desprotegerla ni dividirla por causales terrenales, que a la larga toda ruptura será tendrá consecuencias divinas, es decir, no da cabida al divorcio y ninguna de sus causales proveniente del positivismo.

El punto de vista civil tradicional orienta que el matrimonio cumple con todos los elementos esenciales de la figura de los contratos, lo que determina que debe aplicarse la teoría de la nulidad de los contratos si se demuestra la invalidez y la eficacia de uno de sus requisitos estipulados por ley y de anulabilidad se existe los vicios del consentimiento.

Al respecto, Gutiérrez Camacho y Rebaza Gonzales en el año 2003, señalan:

“...cabe precisar que en nuestro Derecho Civil la nulidad y anulabilidad del matrimonio, son reguladas por las causales específicas contenidas en los artículos 274° y 277° del Código Civil¹⁴, diferentes de las causales de nulidad y anulabilidad aplicables al común de los contratos. “La última perspectiva postula que el matrimonio es un contrato, el cual constituye un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.” La postura del Derecho de Familia argumenta que desde el origen de la aparición de la constitución de la fem su único propósito es la vida en común de los miembros de la familia desde su conformación más no debe darse cabida alguna de la

14 SILVA VALLEJO, José A., Código Civil comentado, Edición Junio, Ediciones Legales, Lima- Perú, 2018.

separación de sus miembros y mucho menos la figura del divorcio dado que todo problema tiene una solución y que el hombre por ser un ser racional puede buscar dicha solución.

2.2.2. Institucionalista:

De acuerdo con esta posición, el matrimonio está conformado por conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse cada uno de sus miembros desde los padres hijos entre otros, sin posibilidad de negociar lo positivado. Quienes sostienen esta tesis, dicen que no pueden ser aplicadas al matrimonio todas las normas y principios a que se sujetan los contratos usuales, y que se precisa de una decisiva intervención constitutiva del Estado a través de un funcionario especial, para que se eleve el matrimonio a la categoría de una institución social y jurídica, cuya principal característica sería la más severa supeditación de la voluntad individual a intereses superiores de diversa índole.

El matrimonio entonces es una institución que tiene del otro lado el divorcio, sus causales y las demás figuras para dar solución al quebrantamiento de sus miembros, por lo que no puede cerrarse en una relación conflictiva y por ello debe darse cabida a la posibilidad de vivir separados gracias a la institución del divorcio y sus formas de adquirirlo según sea el caso concreto.

2.2.3. Mixta:

Esta posición sostiene que la figura jurídica del matrimonio es a la vez un contrato y una institución. Aquí es importante señalar que, la mayoría de autores nacionales e internacionales están de acuerdo con esta posición dado que ambas partes buscan en constituir una empresa familiar y que a futuro lucharan por tener un patrimonio económico formando una institución reconocida por la Constitución Política de nuestro país en el artículo 4°, quien la llama célula de la sociedad; cabe señalar, que aunque no se señale expresamente, nuestra legislación ha optado por esta última posición dado que en sendas posiciones doctrinales y además de pronunciamientos judiciales soslayan que el matrimonio como parte importante y preponderante llega a constituir una institución jurídica propia y que también tiene en su formación la características de un contrato.

Por tal razón al ser una institución y un contrato también debe tener una posibilidad de decidir en el futuro la de vivir separados gracias a la figura del divorcio y que esta nueva situación jurídica según sea la forma que se da en la realidad trae responsabilidades a cada uno de sus miembros, al ser los cónyuges los protagonistas de dicha decisión.

2.2.4. Consideraciones generales del divorcio por causal

1. Divorcio en general:

La figura jurídica del divorcio¹⁵ es tan añejo como la institución jurídica del matrimonio, cabe señalar que en muchos países no lo consintieron por diversos motivos como las posturas religiosas, sociales o económicas. Desde el momento en que el ser humano instituyó el matrimonio sabía que no iba a ser para siempre, considerando la posibilidad de su ruptura, particularmente frente a la separación por uno de los cónyuges, siendo el motivo común y de mayor trascendencia en todo el globo terráqueo.

En todo momento de la historia humana la posición religiosa, en este caso, la Iglesia Católica¹⁶ tiene una mirada cerrada e inflexible sobre la relación de los cónyuges por lo que tomo una postura prohibitiva al divorcio, atribuyendo al matrimonio una teoría del carácter indisoluble del vínculo entre los cónyuges porque viene de la gracia de un ser supremo que es Dios quien tuvo la intención de formar una familia, que debería vivir en el tiempo, espacio y persona la y que solo la muerte podría separarlos en la vida terrenal, aunque luego de varios años después la iglesia abrió la postura un poco al asumir ciertas situaciones extraordinarias que se observa en la vida cotidiana dentro del matrimonio que conllevan a la posibilidad de la separación de cuerpos. Pero si vemos la evolución de esta postura, podemos notar que algunos países como Italia y España por su postura católica no aceptaron den buena forma esta idea en su normativa.

15 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima, Gaceta Jurídica. 1999.

16 ESPIN CANOVAS, Diego. Manual De Derecho Civil Español. Volumen IV Familia. Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1982.

Para nuestro país, tampoco fue fácil asumir esta situación jurídica en el matrimonio por cuanto teníamos un arraigo católico muy acentuado en la norma, es así, que el divorcio fue instituido en el Código Civil de 1936¹⁷, pero bajo reglas y requisitos que favorecía a la separación. Pero una imagen más concienzuda se denota en nuestra legislación actual vigente desde 1984, que en definitiva adoptó el divorcio, los jurisperitos que trabajaron en esta figura jurídica incorporaron algunas causales específicas y taxativas, dado que cada una de ellas trae consigo una situación jurídica dentro de matrimonio y consecuentemente deberían de cumplir y probar conforme a ley ante el órgano jurisdiccional respectivo por aquel cónyuge que sustentaba de forma fáctica, por ello se ve plasmado en el Art. 333.¹⁸

Gracias al fenómeno de la globalización, podemos afirmar que en todo el mundo el trascurso de los años nos hace ver una crisis de la figura del matrimonio y como muestra de este hecho podemos citar a los Estados Unidos, en la que se tiene estadísticas sorprendentes que arrojan un resultado categórico en la que se puede afirmar que, de cada dos matrimonios, uno se divorcia en un tiempo más o menor corto que oscilan entre dos a cuatro años. En otro punto del mundo podemos citar a Italia el índice de divorcios es también alarmante al obtener divorcios de aquellos matrimonios no duro ni un año. Y en países

17 EUGENIO CASTAÑEDA, Jorge, Código Civil, 5ta. Edición, Lima-Perú, 1971.

18 CABELLO MATAMALA, Carmen Julia, El Divorcio y su Jurisprudencia en el Perú. Lima, Fondo Editorial Católica. 1999.

latinos como el Perú, desde hace dos décadas las parejas han comenzado a ver otras formas más flexibles de hacer vida en común.

Esta forma de vida en la sociedad conlleva al legislador emitir leyes, antes cerradas y rigurosas por la misma etapa de vida del ser humano; a enfrentar la aparición de la institución del divorcio; de esta manera comienzan a liberarse, incluso formalizan un mayor número de causales, estableciendo de esta forma procedimientos judiciales más breves y expeditivos, e inclusive optando por viabilizar el divorcio ante notarios públicos o municipalidades, claro está cuando la situación jurídica entre los cónyuges es simple.

Pero el problema que se tiene del divorcio es que en un matrimonio casi siempre existe una parte más débil de la relación, que en este caso puede ser uno de los cónyuges como también los hijos que no pidieron venir al mundo para experimentar un hogar no muy bien constituido, es decir, incompleta por ello debe de resarcirse a esta parte más afectada con este hecho, pero reconocido por la ley.

2. La indemnización en el divorcio por causal

En nuestro país lamentablemente el ciudadano de a pie que en algún momento llega a constituir una familia reconocida como tal gracias a la institución jurídica del matrimonio, no tiene la capacidad jurídica ni moral de reconocer la prestancia que le reviste este status dentro de la sociedad. Este hecho hace que los cónyuges que

conforman un matrimonio rompan con él sin tener la conciencia y responsabilidad jurídica que la célula de la sociedad peruana viene de mal en peor, y que a la vez se trae con ella la vulneración de los derechos de aquel cónyuge que de buena fe contrajo matrimonio, como dice la iglesia católica hasta que la muerte los separe. A consecuencia de ello nace a la luz la ley N° 27495¹⁹ del 07 de julio del año 2001, incorpora el artículo 345-A en el Código Civil, la cual señala “Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”.

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

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes”. La norma en mención incorpora de un lado, los requisitos para la invocación de la separación de hecho (art. 333°,

¹⁹ DIARIO OFICIAL EL PERUANO, ley N° 27495 de fecha 07 de julio del año 2001, incorpora el artículo 345-A en el Código Civil, la cual señala “Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333°.

inciso 12), y de otro lado, establece una norma de preservación por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación.

Sin embargo, a los efectos de ésta última parte, el dispositivo en su parte pertinente, dice textualmente “Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión que le pudiera corresponder”. A partir de esta disposición ha generado, diversidad de problemas jurídicos, desde su interpretación, hasta en su aplicación, dando lugar al desarrollo de jurisprudencias contradictorias. De un lado, quienes entienden que la norma mencionada no contiene un mandato imperativo, en el sentido que a las partes corresponde peticionar la indemnización o la adjudicación de los bienes, como por ejemplo la casa conyugal, y de otro lado, tenemos la opción valorativa en el sentido que, contiene una norma que obliga al juez necesariamente a pronunciarse aun cuando no haya sido solicitada la posibilidad indemnizatoria a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho.

Previamente se abordará algunas instituciones que involucran esta temática, para luego desarrollar sobre la regulación de la indemnización en el caso de la separación de hecho. En este orden de ideas, la indemnización que nace de la ley está ligado a demostrar el

daño efectivo, cierto y comprobado, para luego proceder con la compensación reflejada en una indemnización.

2.2.5. Marco filosófico del divorcio por causal:

2.2.5.1. Objeto del divorcio por causal de separación de hecho:

De manera general, se puede decir, que el objeto del divorcio por causal de separación de hecho es aquel mecanismo que el ordenamiento jurídico peruano establece para controlar el uso de los particulares, en este caso los cónyuges ejerciendo con total discernimiento la posibilidad de motivar al órgano jurisdiccional se le conceda el divorcio prescrito por ley pero cumpliendo con los requisitos estipulados por esta causal de separación de hecho, el cual desea, a fin de cuentas, dar la legalidad de finalizar una relación conyugal que no se ejerce hace un buen tiempo.

Para los tratadistas “el objeto de 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”.²⁰ Todos podemos afirmar que una función vital del matrimonio es convivir con el

²⁰ PERALTA ANDIA, Javier; Derecho de Familia en el Código Civil, 4ª Ed. Idemsa, Lima-Perú, 2008, pág.371.

otro cónyuge a vista de la sociedad compartiendo el techo y el lecho pero al romperse esa situación estaría enfocándose en este tipo de causal.

Por su parte, tenemos la información de la Corte Suprema de nuestro país, al establecer que en múltiples sentencias emitidas que definen como objeto de esta causal de divorcio 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”.

Entonces, el vivir y convivir juntos ambos cónyuges, y la prole, si la hubiera, es la razón de ser de la vida en matrimonio y cuando esta no se cumple se puede instar a esta causal.

2.2.5.2. Justificación de la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho:

En el código del 1936 no existe ningún artículo que determinara los criterios para fijar el quantum repondeatur. Pero en la codificación de 1984 ya se manejaba la función reparativa de la responsabilidad atribuida al cónyuge que dejaba de cumplir con sus obligaciones, pero la reparación económica del

daño no ha sido históricamente la función primordial sino estaba orientada a sancionar la ruptura de un orden social, de un orden natural y cósmico, incluso se podía afirmar que era de un orden divino satisfaciendo de alguna forma el espíritu de venganza del perjudicado. Pero en la actualidad lo que se busca es que la víctima del daño tenga un reconocimiento relevante ante el perjuicio que ocasiona el cónyuge que lo ocasiono.

En el divorcio por causal de separación de hecho lo que se persigue es castigar las conductas socialmente indeseables dentro del vínculo matrimonial. La indemnización buscará en principio resarcir el perjuicio ocasionado a la víctima en todo que pudo ser perjudicado²¹.

La regulación de la causal de separación de hecho permite una solución legal dentro de nuestro sistema legal, a los casos de cónyuges alejados de manera definitiva, probando fehacientemente el deber de cohabitación, precisamente porque habían encontrado otra pareja con la cual realizar su meta como integrante de una familia, lo cual ocasiona un desorden social dentro del territorio peruano.

Según la postura de Tunc,²² existe en algunos casos la persistencia de las huellas de daño, tal como se produce del divorcio por la causal de separación de hecho, tal es así como el

21 ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible, actos ilícitos, 3ra. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1967, pág. 120.

22 TUNC, André, La Responsabilie Civile, Economía0, Paris-Italia, 1951, pág. 143.

desconsuelo, la pena, el dolor, las martirios, e incluso los daños materiales ocasionados que no desaparecen a pesar del pago de la indemnización, de esta manera se debe buscar la reparación global en cada caso y para ello se debe tener un seguimiento del caso familia concreto para realmente cumplir a cabalidad lo buscado con la indemnización.

2.2.5.3. Fundamentos filosóficos del divorcio por causal de separación de hecho:

Desde la aparición del hombre en la faz de la tierra tiene como unos de los derechos fundamentales, del solo hecho de ser una persona humana, el derecho fundamental de la libertad y que va unida a otros derechos fundamentales, uno de ellos vivir en comunidad familiar. Desde los presupuestos de esta vivencia surge la pregunta por el sentido de las formaciones sociales, siendo la columna vertebral la libertad en sí misma y, por ende, el ser humano ejerciendo dicha virtud opta por formar una familia, que con la intervención de la norma se reconoce la figura del matrimonio o convivencia.

De allí que nace las relaciones interpersonales entre los miembros de la familia y que muchas veces no hay forma de solucionar ciertos problemas que nacen dentro del seno del hogar y que jurídicamente nace la figura del divorcio, y uno de las formas que existe en la norma es el divorcio por la causal de

separación de hecho. Por su parte Platón²³ señala que toda familia está conformada por un varón y una mujer y que desde siempre la imagen y la fuerza recaía sobre los hombros del varón, pero para él la mujer debe tomar un papel preponderante dado que la mayoría de las decisiones son realmente tomadas por la postura femenina. Y la solución de separación en la que el sujeto macho abandona el hogar tiene que recibir toda la sanción que la sociedad le diera por no asumir su responsabilidad que recae de dicha situación ante la sociedad.

Por su parte Aristóteles²⁴ sostiene que en el matrimonio la figura más fuerte es el varón y que la mujer representa la obediencia ante el marido y que si se presentara la infidelidad por algunos de ellos es una desdicha que toda la sociedad va tener que afrontar dado que sería una imagen negativa para los demás miembros del clan, por ello debería de pensarse en un castigo impensable para que los demás piensen dos veces antes de cometer tal desdicha.

Para un griego del siglo V a. C., el hombre es antes un animal social que un animal político. La palabra *koinonía*, sociedad, refería a varios tipos de unión entre hombres, por ejemplo, la existente en el seno familiar entre padres e hijos. La asociación política de los hombres era más perfecta que la unión

23 PLATON, "La Republica, págs. 455-456.

24 Aristóteles, La Política, tomo I, pág., 12.

natural de la casa familiar, la cual es el ámbito de la comunidad humana entendida como vida privada, en ella todos son desiguales.

La presente tesis pretende esclarecer -en conexión con la institución del matrimonio y el divorcio por causal de separación de hecho el fundamento filosófico del por qué el hombre no puede sostener una relación familiar duradera al trascurso del tiempo - parte de este proceso de transformación, tal como Aristóteles la explicó.

La realización y el sentido de la historia humana se cumplen, para Aristóteles, en un proceso temporal que empieza con el establecimiento de la vida doméstica y culmina con la constitución de la vida civil. De manera que el fin del hombre es previo específicamente (por naturaleza, dice Aristóteles) a la recurrencia temporal de todos los elementos de satisfacción personal y no grupal, es decir, lo que impera el espíritu egocentrista del hombre. La historia triunfará o fracasará en la misma medida que los hombres alcancen o pierdan el fin de su necesidad básica para sentirse realizados, aunque sea superfluas, como es en el caso del varón que contrae matrimonio y que luego no cumple sus obligaciones y que por el contrario perjudica el proyecto de vida de la pareja que en este caso sería una mujer.

La relación que encontramos en la actualidad respecto a la posición de Aristóteles se pueden discernir sobre familia y sociedad es que el matrimonio muy bien constituido forma parte de la sociedad de un estado y que si esa célula es fuerte entonces la sociedad es mejor establecida.

La forma correcta para evitar la figura del divorcio y todas sus causales desde el presupuesto filosófico aristotélico es La unión para la generación: el matrimonio que sustenta de manera taxativa:

“Primeramente, es necesario que se unan por parejas los seres que no pueden existir el uno sin el otro, es decir la hembra y el varón en vistas a la generación - y ello no por efecto de una elección, pues aquí, al igual que en los animales en general y en las plantas, hay un instinto natural que tiende a dejar tras de sí un ser semejante a uno mismo”.

El matrimonio se convierte así en un medio natural de lograr la perduración de la especie humana. Conviene hacer notar que esta unión no acontece por elección. Lo propio del hombre es la razón, conforme a la cual le conviene obrar por discernimiento y elección. Pero también hay algo en el hombre que le es común con otros seres, a saber, el engendrar. Esto no compete al hombre por elección, o sea, por medio de una razón electiva, sino por un modo de adecuación que es similar a la de los animales y las plantas. Pues en todos existe un apetito natural

que los mueve a dejar tras de sí un individuo semejante a ellos mismos. Por la generación se conserva en la especie lo que numéricamente no puede conservarse idéntico.

Por su parte Lacroix inspirándose de Kierkegaard, Marcel y Madinier dice que el matrimonio debe tener una fuga al tener en la vida familiar problemas que *se* suscitan con el tiempo, como es el alejarse definitivamente del nido familiar, dado que este hecho nos informa que el cónyuge que se aleja ya no le da la relevancia familiar a la unión entre ellos y sus miembros que en realidad lo une el amor, al disiparse este sentimiento el cónyuge que tiene ese nuevo sentimiento sin que la ley lo obligue debe resarcir dicho hecho que trae una relevancia jurídica distinta a la que formo-el matrimonio-, dando como consecuencia el divorcio por causal de separación de hecho.²⁵

2.2.6. Marco doctrinario

2.2.6.1. Antecedentes del matrimonio:

Cabe destacar primeramente la procedencia etimológica de la palabra matrimonio, el cual haciendo una búsqueda en la basta doctrina se puede determinar de forma total que tiene su origen etimológico que deriva de las voces latinas *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen); orientándose a la figura

25 VIDAL GIL, Ernesto J, Filosofía, Derecho y Política en Jean Lacroix, Primera Edición, Editorial Dykinson, Madrid –España, 1998, págs. 242-250.

materna, en este caso a la madre se le otorga la carga más pesada que viene a ser la procreación y crianza de los hijos; en razón de que éstos, según la postura religiosa que vierte el Papa Gregorio IX en su momento más cumbre argumentando lo siguiente de manera taxativa:

“son para la madre onerosos antes del parto, dolorosos en el parto y gravosos después del parto”.

Por su parte el jurisconsulto y magistrado de origen español en su manual del Abogado Americano Escriche define el matrimonio como “la sociedad legítimamente constituida por el hombre y la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar la especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte”.

Por otra parte, conforme a la Enciclopedia Jurídica Omeba²⁶, tomo XIX nos orienta que el sentido del vocablo no reconoce como sinónimos de matrimonio que establece en Francia, Italia e Inglaterra, dado que su significación procede de las siguientes voces: maritagio y marriage, respectivamente, las cuales derivan de la palabra marido.

La posición de la iglesia católica es otra postura que importa respecto a la figura del matrimonio pronunciando que fue Dios quien estableció y ordenó el matrimonio al principio

26 Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, Argentina, 1964, pág.14.

de la historia humana, y que la respuesta del mismo Dios a la pregunta ¿qué es el matrimonio?, se halla en el Génesis²⁷ 2:18: “No es bueno que el hombre esté solo; le haré ayuda idónea para él.” Desde esta perspectiva, la motivación del matrimonio es resolver el problema de la soledad, por lo tanto, el matrimonio fue establecido porque Adán estaba solo, y esta situación a los ojos de Dios no era bueno. La compañía es, entonces, la esencia del matrimonio. Antes de que existiera la iglesia Dios instituyó, digamos que formalmente, el matrimonio al declarar: “Dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y se harán una sola carne”²⁸

En el libro más antiguo que viene a ser la Santa Biblia se describe al matrimonio²⁹ en términos de compañía en el libro de los Proverbios³⁰ 2:17, en el podemos notar que la palabra compañero en este versículo tiene la idea de “alguien que tiene una relación íntima cercana a otro”. De esta forma se dice que tienen una relación íntima y sexual, en la figura del matrimonio lo que se busca es aquella relación entre los cónyuges: una relación que es propia entre el marido y la esposa. La compañía

27 Pequeño Larousse ilustrado, “Primer libro del Pentateuco y de la Biblia, consagrado a los orígenes de la humanidad y a la historia de los patriarcas Abraham, Isaac y Jacob, 2001”, pág. 1344.

28 Génesis 2.24. “Es evidente que sólo el matrimonio fue establecido como una institución”.

29 Pequeño Larousse ilustrado, “Conjunto de libros santos judíos y cristianos, constituido por el Antiguo testamento y el “Nuevo testamento”, 2001, pág. 1159.

30 Biblia, Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online, “Uno de los libros poéticos del Antiguo testamento atribuido al rey Salomón, consta de 31 capítulos. Contiene un enfoque de la vida desde el punto de vista de que Dios tiene todas las respuestas, que Dios es omnisciente y lo sabe todo”, 2004.

o compañerismo, en parte implica intimidad en todos los aspectos entre ellos.

En el Derecho Romano podemos encontrar un buen número de normas jurídicas que siguió aquella sociedad desde la fundación de la ciudad (754-55 a.C.) hasta la muerte del Emperador Justiniano, en el 565. En ella podemos destacar la concepción del derecho como un arte, es decir, la creación de la ciencia jurídica se le atribuye al jurisconsulto romano. Desde esta perspectiva, el derecho romano es la fuente jurídica más pura en lo que concierne a la figura jurídica del matrimonio, es decir, en su etapa inicial. Como lo señala este derecho es un producto histórico y su ciclo vital abarca más de trece siglos.

En las Instituciones de Justiniano³¹ encontramos la definición del matrimonio: “Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible”.

Las posturas sobre el matrimonio en el sentido jurídico formal se fijan exclusivamente desde el punto de vista de la legalidad. Para Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade el matrimonio es “el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley”

31 GAUDEMET, J. “Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit. Les Editions du Cerf. Paris. 1987. Traduzione allo Spagnolo di Barberán, M e Trapero, F. El matrimonio en Occidente. Ed. Taurus Humanidades. 1993, p. 33 e ss. Anche, The family in ancient Rome. Ed. by Rawson, B. Routledge. London. 1992; e ROBLEDA, O. El matrimonio en derecho romano. Librería Editrice Università Gregoriana. Roma”. 1970.

2.2.6.2. Concepto del matrimonio:

Desde el punto de vista internacional es importante citar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que cita en su artículo 16º: “Los hombres y las mujeres a partir de la edad hábil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el derecho”.

Por su parte, en otro cuerpo internacional normativo como es el artículo 23º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “recoge en similares términos esa consideración sobre el matrimonio y además añade una cláusula que garantiza la igualdad de ambos esposos en cuanto al matrimonio y protege a la prole en caso de disolución”.

Esta cláusula se reitera en el artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales reitera la igualdad entre varón y mujer en el matrimonio, pero protege a la mujer durante el tiempo razonable antes y después del parto, dado en el estado de gravidez de toda mujer es un espacio de

tiempo el cual tiene mayor relevancia por el solo hecho de traer a la sociedad otro nuevo ser. En todos esos cuerpos normativos tiene una tendencia de protección a la figura del matrimonio y amparo de la familia, hijos, derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones para el varón y la mujer, como también el derecho a la defensa de la familia por parte del Estado y libre consentimiento para formalizar el vínculo.

En los orígenes del Derecho Romano el matrimonio “era un hecho social que se justificaba y fundamentaba en la existencia y permanencia de la *affectio maritalis*, puesto que no se concebía como una relación jurídica y, en consecuencia, su celebración no equivalía a la de un negocio jurídico que se perfecciona como acto formal del derecho privado” Dicho de otro modo, en sus orígenes la conformación del matrimonio no se concebía como la celebración de un acto jurídico de derecho privado sino como un acto espiritual el cual duraría mientras los contrayentes tuvieran la intención de continuar con él, por lo que importaba el deseo de ambos.

Para el tratadista colombiano Gonzales³² el matrimonio lo sustenta de la siguiente forma:

“Los usos sociales determinaron que algunos actos más o menos rituales –nuptiae- acompañaran con gran frecuencia el comienzo de la vida matrimonial entre el

32 GONZÁLEZ, Emilsen “Manual de Derecho Romano”, Bogotá-Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1989.

marido –vir- y la esposa –uxor-. Uno de ellos es la deductio in domum maritti o conducción de la mujer a la casa del marido en medio del cortejo nupcial formado por parientes y amigos; cuando la esposa traspasa el umbral de la casa, el marido le ofrece el agua y el fuego, que eran considerados elementos de la vida”.

Para el jurisconsulto peruano Dr. Héctor Cornejo Chávez propone dos acepciones: una es en sentido amplio y lo define como un conjunto de personas que se encuentran unidas por vínculos que podrían ser: el matrimonio, el parentesco o la afinidad, este criterio tiene una calidad reducida, puesto que en una familia está conformada por muchos parientes. En sentido restringido a la familia nuclear que son personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente los menores o incapaces).

El matrimonio ³³en realidad es un acto jurídico revestido de deberes, derechos y obligaciones que nacen de la unión de un varón y una mujer libres de impedimentos y eminentemente consensual, en la medida en que requiere la concurrencia de voluntades de los futuros esposos. El consentimiento que emane de ambos seres humanos debe recaer sobre un proyecto de vida en común y se presta mediante el cumplimiento de las formalidades que se encuentran estipulados en una norma positivada en cada Estado. Esta relación será reflejada a los

33 GUTIÉRREZ CAMACHO Walter, Comentarios al Código Civil, Lima-Perú, Gaceta Jurídica. 2005. pág. 20.

demás miembros que conforman al ser la prole, descendientes: los abuelos, ascendientes; tíos y primos siendo la relación por afinidad.

2.2.6.3. Naturaleza jurídica del matrimonio:

En la doctrina podemos desvirtuar un sin número de posiciones sobre la naturaleza jurídica, naciendo de ella las bases de las teorías las cuales reflejan la importancia de esta institución jurídica y las más importantes son:

a) El Matrimonio como Sacramento:

Postura que nace de la posición cristiana que tuvo sus inicios en plena edad media, en esta época recién se denota la consolidación hegemónica del catolicismo, esta institución jurídica se encuentra estipulado como un sacramento importante de todo cristiano, aquí nace el carácter indisoluble que sólo se acaba con la muerte de uno de los cónyuges. En la religión católica tienen su regulación en el Código Canónico el matrimonio religioso fue tomado esta postura en los Códigos Civiles especialmente del siglo pasado entre ellos el Código Civil Peruano de 1852 que lo recepcionó como matrimonio único, celebrado de acuerdo con las formalidades, exigencias y requisitos del Concilio de Trento, el cual trae como consecuencias efectos no sólo religiosos sino también civiles con relevancia jurídica para aquellos

matrimonios celebrados dentro de este marco canónico, que se ponía en evidencia con la documentación que se tiene de la doble inscripción en el registro parroquial y en los registros del Estado Civil.

b) El Matrimonio como Contrato:

Esta postura proviene de tendencias antiquísimas del Derecho Clásico, de Roma, cuya posición se sustenta en el hecho que el matrimonio debería de cumplir todo requisito que revisten los contratos y genera efectos semejantes a ellos, y debería reconocerse como tal ante cualquier situación que se le presentara en un contrato. En tal situación, para llevarse a cabo la celebración del matrimonio los futuros cónyuges tenían que cumplir los requisitos esenciales que se requiere para la celebración válida y eficaz de cualquier contrato, puesto que en caso contrario ante la ausencia de alguno de dichos requisitos o la presencia de vicios que interfieran la expresión libre del consentimiento de los contrayentes el resultado indefectiblemente recaería dentro de la figura jurídica de la nulidad y de la anulabilidad.

Al consumarse el matrimonio trae consigo obligaciones al igual que un contrato entre las partes contractuales, como es la fidelidad, compañerismo, cohabitación, entre otras situaciones para los casados, como

también aquellos que nacen a favor de la prole como es enfrentar y cubrir sus necesidades básicas de educación, alimentación, vestido, salud etc.

c) El Matrimonio como Institución:

La figura del matrimonio como tal trae en su consumación la aparición de nuevas figuras que se establecen a partir de él, como la sociedad conyugal, a la venida de la prole se puede distinguir la filiación, la patria potestad, el derecho de alimentos, tenencia, tutela, curatela y así un sin número de figuras jurídicas de carácter familiar y que no tiene que ver nada los contratos que en si misma busca otro objetivo jurídico como por ejemplo en los contratos al momento del perfeccionamiento y hasta la suscripción con la entrega del bien o servicio como también de la contraprestación finiquita dicha relación, pero en la institución del matrimonio las demás figuras permanecen peregrinas como la hierba. Desde esta perspectiva, el matrimonio no puede compararse a un contrato más por el contrario es tan igual como como el, siendo una institución social y jurídica, dado que toda sociedad está formado por familias y ellas están constituidas por matrimonios y ellas son la razón de ser del Estado para protegerlas gracias a las normas que se establece, las cuales tendrán que equiparar ciertas obligaciones, restricciones, cuyos mandatos son

propias y diferentes que otra institución tal como lo es la figura de los contratos, que tiene una fundamentación propia. En la misma relación conyugal y a la relación de los contratantes tiene entre ellos relaciones jurídicas distintas, régimen legal trae en si situaciones diferentes.

Conforme al orden público, se puede advertir normativas que rigen a todo matrimonio, mientras que dentro de los contratos a parte de la norma existe el principio de *pacta sunt servanta*, que lo regulado por las partes es ley para ellos, mientras que en el ámbito de la familia se busca resguardar a todos los miembros de ella buscando proteger los derechos y obligando cumplir son sus obligaciones, como por ejemplo la patria potestad no está a la voluntad sino a la responsabilidad que equipara la institución familiar.

d) El Matrimonio como Contrato – Institución:

Esta posición es llamada mixto o postura ecléctica, dado que se pretende unir la postura del matrimonio como contrato e institución, según esta ´postura ambas posiciones pueden compartir elementos objetivos y subjetivos en la construcción de la figura dl matrimonio. Conforme a la idea que presenta al jurista civilista peruano Héctor Cornejo Chávez, propone ver al matrimonio en dos vertientes, por una parte, como acto jurídico y como estado. Cuando se pone a ver desde de la primera vertiente se puede colegir que todo

acto jurídico para su validez y eficacia tiene que cumplir con los requisitos y caracteres de los contratos, como es el consentimiento inicial, libre de vicios de la voluntad como el error, el dolo, la violencia física y psicológica, hasta el efecto medular de todo contrato, de contener una relación dirigida a generar obligaciones de dar, hacer y no hacer. En cambio, desde la vertiente de ver el matrimonio como estado está relacionada al hecho que el matrimonio al celebrarse como tal, tiene un carácter permanente como figura de acto jurídico, de allí que aparece la familia que tiene una protección del Estado como una célula importante que es la razón de ser del grupo social en la que se constituye con reglas de orden público.

Si le damos una mirada a las codificaciones peruanas, en los últimos tres códigos peruanos del año de 1852, 1936 y el vigente de 1984, han tenido siempre una postura ecléctica.

2.2.6.4. Antecedentes del divorcio:

Para poder establecer las bases primitivas del Divorcio, tenemos que revisar primero las tendencias del Derecho Romano,³⁴ que muestra a los matrimonios a una mujer sujeta a la manus del marido, es decir, a una potestad marital

34 CHÁVEZ ASECIO Manuel. “La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. S.A, 4ta. Edición, México”, 1993, pág.345.

preponderante, que incluso la mujer se le consideraba como una hija y estaba a la potestad del marido el derecho de repudiar a la esposa con el único fin de disolver su matrimonio y había como consecuencia la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral. Esta situación era totalmente injusta, pero esta situación no fue eterna, posteriormente gracias a la evolución del Derecho Romano, aquella situación del derecho de repudiación se concedía a ambos cónyuges. Este hecho se constituía a ciertas causas de la época, que implicaban faltas graves como el adulterio, la corrupción de los hijos, la incitación a cometer actos delictivos, etc.

Desde el punto de vista religioso, también se menciona al divorcio en la biblia, específicamente en el libro de Mateo 19,3: en él se parecía que en los tiempos de Moisés los judíos tenían un trato cruel e inhumano en algunos casos hacia sus esposas por ese motivo Dios consintiendo la separación de ellos dándose el divorcio. Existió varias causales para que prospere el divorcio, que aparecía conforme evolucionaba el Estado de Derecho de los ciudadanos.

Respecto al cristianismo, por sus mismas raíces y sacramentos buscan unir cada vez más a los miembros de la familia, por lo que era imposible considerar disolver el sacramento del matrimonio. La iglesia en el desarrollo de las familias se dio cuenta que existen situaciones que son

insalvables entre los cónyuges, por ello con el paso de los siglos se dio paso a la separación de cuerpos, que sólo dejaban de vivir juntos, sin posibilidad de casarse.

En el periodo Colonial, en la Nueva España, podemos encontrar en su abultada doctrina que tan solo existía en su haber el matrimonio eclesiástico, que normaba conforme a la iglesia católica que proviene de un origen divino y por lo tanto perpetua e indisoluble. Por lo que solo un designio de Dios, que en ese caso es la muerte de los cónyuges daba paso a la disolución del vínculo matrimonial. Entonces, dicha situación nos demuestra la posición remarcada y fuerte por parte de la religión hacia la decisión normativa por parte del Estado. Por otro lado, ante la situación en el caso de los matrimonios que tenían una convivencia imposible, la única salida era la separación física de los esposos, estaba proscrito el divorcio. Ante esta eventualidad, los cónyuges se encontraban imposibilitados de celebrar un nuevo matrimonio y por lo tanto era imposible de tener una nueva unión con pareja distinta.

Si le damos una mirada al viejo continente, en algunos países que la integran tal como Francia, la figura del divorcio era visto como una condena para aquel cónyuge infractor, dado que traía consigo una serie de obligaciones que nacía de dicho acto a favor del otro cónyuge que se quedaba afectada a consecuencia de actos relevantes hacia los miembros de la

familia. Más tarde, por los años de 1816 se dio paso al divorcio de mutuo consentimiento. Por otro lado, en Latinoamérica, tenemos una serie de posturas diferenciadas gracias a la influencia extranjera como por ejemplo en Uruguay, el marido solamente tenía el derecho a disolver el matrimonio. Pero, luego de apartarse de la posición cerrada por parte de la iglesia, más tarde, ambos cónyuges pueden por voluntad propia y común acuerdo disolver el matrimonio.

La posición desarrollada en América también tuvo varias etapas conforme el avance de los años dado que primero se denoto determinadas restricciones como ocurrió en México, en caso de Cuba, Guatemala, El Salvador, Panamá, Bolivia, Venezuela y Perú después de varios cambios legislativos se aceptaron el divorcio voluntario.

Según, la posición del jurista HERNÁN GÓMEZ PIEDRAHITA³⁵ atribuye que la figura del divorcio ha sido regulado a lo largo de la historia humana de diferentes maneras, en aplicación a los principios normativos de cada pueblo, en primer término, podemos analizar uno de los primeros cuerpos normativos importantes de larga data y relevancia como es el Código de Hammurabi en cuyo contenido refleja la permisibilidad del divorcio tanto al hombre como a la mujer

35 MEZA BARROS, Ramón, “Manual de Derecho de la Familia” Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

pero por causas específicas. En caso del país religioso como es la India en su legislación resaltante se tiene a los Libros Sagrados, como es el Código de Manu, en él se contempla claramente la anulación del matrimonio y el repudio. Esta última figura del repudio se observa en varias partes del globo terráqueo como es en el antiguo Egipto y en Persia. Una situación importante se puede observar en la época faraónica donde se consideraba al matrimonio como un contrato social que contenía deberes y obligaciones para los cónyuges y podía disolverse por quien incumplía estas obligaciones, sin mayores solemnidades.

Una postura importante que se debe destacar en Babilonia en concordancia a los términos del Código de Hamurabi, era considerar a la mujer adúltera y a su cómplice en el hecho que altera a la norma establecida que deberían ser juzgados en calidad de delito y debería realizarlo con su vida, pero se daba el caso que el esposo sea compasivo y se conformaría solo con arrojarlos desnudos a la calle, otra salida ante el mismo hecho era que el esposo otorgaba el perdón a la mujer adúltera, estas situaciones se daban según las costumbres imperantes de cada pueblo. Ante esta eventualidad se legislaba el repudio y sus formas, una de las formas era si en el matrimonio hubiese tenido descendencia del marido debía restituir toda la dote a la mujer repudiada y la misma conservaba el derecho de educar a sus

hijos en una situación muy cómoda. Una forma muy competente que se puede destacar del Código de Hamurabi era aquel precepto que establecía en el caso que el cónyuge pretendía imputar a su esposa de adulterio tendría que presentar los medios probatorios pertinente caso contrario la sola prestación de juramentación de la esposa el magistrado tenía que desestimar la acción. Otra normativa que se rescata era el derecho de la mujer que por causa injustificada su marido se ausentaba por tiempo prolongado del domicilio conyugal, esta tenía el derecho de formar otro hogar y si fuera el caso que después de mucho tiempo el esposo regresara al hogar y la mujer de esta segunda unión haya tenido hijos, dicho código estipulaba que debiera regresar con su esposo y los hijos de esa relación debería de estar a la patria potestad del padre de la segunda unión.

En Babilonia, también se puede encontrar legislación y práctica del divorcio, tal como lo sustenta MANUEL OSSORIO Y FLORIT³⁶ al describir de dicha práctica, señala que el esposo podía recurrir a la figura del divorcio y debería retornar la dote que se le había adjudicado por motivo del matrimonio posteriormente debería comunicar a la esposa que ya no su mujer, este hecho debería estar sustentado debidamente como la

36 OSSORIO Y FLORIT, Manuel, "Enciclopedia Omeba", Tomo XXIV, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1991.

esterilidad, el adulterio, la incompatibilidad de humor o la negligencia demostrada en la administración del hogar. Una forma sancionadora que se puede colegir de estas causales revestían una gravedad extrema por parte de la mujer, este hecho le daba autoridad al esposo incluso de hacer caer a su mujer en la esclavitud, o arrojarla fuera de la casa conyugal.

2.2.6.5. Concepto del divorcio:

La palabra divorcio proviene del latín *divortium*, que a su vez deviene del verbo *divertere*, que significa separarse, irse cada uno por su lado. Según Henry Mazeaud³⁷, definirse como la ruptura de un vínculo matrimonio válido que los esposos acuden ante un órgano jurisdiccional competente para declarar el divorcio. Esta figura reconoce formalmente la finalización plena y definitiva del matrimonio quedando libre la posibilidad de la pareja en contraer nuevas nupcias o tener la libertad de establecer un concubinato sin impedimento legal. Para la posición de Planiol nos refleja que para proceder al divorcio debería estar clara en la ley las formas o causales para enfocar el divorcio según el caso concreto entre los cónyuges para proceder legalmente.

37 MAZEAUD, Henry, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires-Argentina, Europa. América, 1959. Parte I, Tomo IV, pág. 369.

Para Díaz Picazo³⁸, “el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges por causas que se presentan con posterioridad a la celebración del mismo. El divorcio sólo puede demandarse por causas previamente establecidas en la ley de cada país, ante el magistrado competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedencia del mismo”.

2.2.6.6. Clases de divorcio:

Dentro de nuestra realidad doctrinal peruana podemos encontrar numerosas tipificaciones de la figura del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que solo se puede diferenciar dos muy claramente entre el divorcio absoluto y el divorcio relativo. Lo resaltante es conocer aquella clasificación que determinación al elemento subjetivo dándole una mirada a la existencia o no de culpa por uno de los cónyuges y, por otro lado, podemos verificar la existencia del elemento objetivo. Por ello tenemos que el divorcio puede ser de dos formas: el divorcio sanción y el divorcio remedio.

38 DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid-España, 1986.

a. El divorcio sanción:

“En esta clase se puede distinguir claramente ante un juicios al cónyuge responsable o puede darse el caso que los dos son culpables de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el juez competente valora como un acto grave por ser moralmente negativa ante la ley que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos que atañe a la familia, como la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros derechos”.³⁹

La causal culposa que realiza el cónyuge constituye un hecho voluntario que será comprobado en el litigio que consistirá en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación reconoce y apreciada por el juez que califica negativamente. Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso concreto. Respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que:

³⁹ QUISPE SALVATIERRA. David. “*El Nuevo Régimen Familiar Peruano*”. Brevisarios de Derecho Civil, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pags.73-75.

“De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal.”

En este tipo de divorcio tiene como propósito buscar los hechos que contienen incumplimientos graves de los deberes derivados de la relación conyugal entre los cónyuges, que son hechos que afectan directamente a la razón de ser del matrimonio a ser: el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares⁴⁰.

b. El divorcio remedio:

Esta corriente nace con la postura del jurista alemán Khal, quien verifica la procedencia del divorcio al determinar que existe una perturbación de la relación matrimonial profunda que no puede soportarse la vida en común continúe dentro del matrimonio. De esta manera el juez verifica la separación de los cónyuges sin tipificar

⁴⁰ “Tenemos una idea clara del divorcio sanción en la Casación N° 38-2007 publicada el 02 de setiembre del 2008, en que se establece que cualquiera de los cónyuges puede accionar ante el órgano jurisdiccional del área de familia en busca de darle una solución legal a una situación conflictiva; en estos casos (..) se busca no un culpable. sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

conductas culpables imputables a alguno de ellos. El órgano jurisdiccional solo da la solución a los casos que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. Este tipo de divorcio no afecta la relación matrimonial ni sus fines, sino solo declarar una situación real de frustración matrimonial que surgió dentro del matrimonio. En juicio solo se constata la cesación de hecho de los cónyuges, probada en el litigio demostrándose la quiebra del matrimonio, puesto que el solo presentar la demanda respectiva por el cónyuge solicitante de divorcio demuestra la falta de *afectio maritalis* que se estableció en el derecho romano siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio; ⁴¹ por ello nace la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto del matrimonio, que reconoce la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio⁴². Existe una sub clasificar al divorcio remedio en dos formas⁴³:

41 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, "la modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la ley" 15/2005 de 8 de julio en *anales del derecho*. Universidad de Murcia, N° 23. 2005, pág. 136.

42 DIEZ PICAZO. Luis y GULLON, Antonio. *Ob. Cit.*, pág. 116. Señalan estos autores: "Cuando se ha producido el fracaso razonable e irreparable del matrimonio y no cumple la función que la ley ordena, es perjudicial por constituir una enfermedad en la sociedad. En este sentir es preferible la intervención de la ley mediante el juez.

43 DIEZ PICAZO. Luis y GULLON, Antonio, *Ob. Cit.*, pág. 116 sustentan respecto a esta clasificación que pueden seguirse dos vías distintas para regular el divorcio, dejando esta ardua tarea a los magistrados del poder judicial que tipificando cada caso concreto y de esta manera también nace a la par una vasta jurisprudencia que será punto de partida para los nuevos casos que se presentan en la sociedad.

b.1. **Divorcio-remedio restringido:** se aprecia esta situación cuando la ley delimita bajo ciertos enunciados específicamente enmarcados en el contexto objetiva que da lugar a su configuración de cada situación en el caso concreto.

b.2. **Divorcio-remedio extensivo:** se configura cuando existe claramente una causal taxativa previamente descrita en la norma donde la doctrina la llama numerus clausus, o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de la ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial llamada numerus aperttus. Este tipo de divorcio remedio puede ser fijado a ped.i.do de uno de los esposos, como también puede configurarse a petición de la pareja de esposos dando de esta manera su consentimiento, de esta manera no interesa tener en cuenta si existe alguna causal inculpatoria.

2.2.6.7. Causales de divorcio:

En nuestra codificación sustantiva se colige una modificatoria importante como es la introducción de la Ley N°27495, estableciendo “dos sistemas dentro de la figura del divorcio, una de ellas es de carácter subjetivo que enfoca la culpa a un cónyuge y por otro lado tenemos el carácter

objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial⁴⁴. “Nuestro ordenamiento reglamenta un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos establecido en el art. 333°. Las causales establecidas en los incisos 1 al 12 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, dado que importan los actos imputables al dolo o culpa de uno de los cónyuges que violentan los deberes el matrimonio. La verificación de estas causales está a la demostración de cada una de las partes y a la valoración razonada y legal del magistrado conecedor de la causa civil familiar”⁴⁵

Zanoni⁴⁶ en su estudio profundo de las causales observa en ellas conductas antijurídicas por parte de los esposos que atentan de manera desmedida las atribuciones de los derechos-deberes que nacen del matrimonio impone la norma de manera obligatoria a los casados.

2.2.6.8. Concepto el divorcio por causal de separación de hecho:

Si revisamos la doctrina nacional y extranjera podemos determinar la existencia variada de autores que han plasmado su postura sobre la separación de hecho como

44 PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “Las causales de divorcio y Separación de cuerpos en la Jurisprudencia Civil”. primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú, 2008, pág. 15-19.

45 Artículo 349°. - Causales del divorcio. - puede demandarse conforme al art. 333°, inc. 1-12.

46 ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires-Argentina, editorial Astrea, 1998.

causal de separación de cuerpos y divorcio⁴⁷. Algunos de los doctrinarios tienen la tendencia en el elemento objetivo, desde este punto de vista la separación de hecho constituye la comprobación indubitable que reconoce el órgano jurisdiccional por intermedio del magistrado a fin de comprobar con medios probatorios idóneos que los cónyuges optaron en la realidad material por apartarse uno del otro dejando de lado el deber marital de convivencia o de la vida en común que es requisito indispensable del matrimonio.

Por otro lado, encontramos la postura de los doctrinarios que sustentan el elemento subjetivo,⁴⁸ en este modo de pensar fundamentan que el simple alejamiento o apartamiento físico de los desposados no implica necesariamente el cese efectivo de la convivencia conyugal por lo que no todo alejamiento de uno del otro constituye prueba plena para establecer la separación judicial del matrimonio, dado que no se demuestra la intención de interrumpir la vida en común, ya que lo fundamental es la intención, el animus de ambos consortes constituyendo la separación física dado que el corpus es solo la manifestación material de algún hecho.

47 PERALTA ANDIA, Javier; "Derecho de Familia y Código Civil", 4ª edición, Editorial Idemsa, Lima-Perú, 2008, pág. 370 y ss.

48 LA CRUZ BERDEJO, José, Derecho de Familia, Ed. Bosch, Barcelona-España, 1989-1990, pág. 211.

Dentro del pronunciamiento del órgano jurisdiccional respectivo y en la jurisprudencia⁴⁹ se halla definido claramente esta causal como la interrupción definitiva comprobada de la vida en común de los cónyuges, que se produce por la voluntad unilateral de uno de ellos o incluso de ambos, una experiencia palpable podemos citar a la Corte Suprema donde en sendas resoluciones emanadas de este órgano han contemplado la disgregación de la pareja por decisión unilateral y en otras situaciones en conjunta sedición.

Un concepto claro que proporciona la doctrina sobre la separación de hecho se sustenta en la transgresión de uno de los elementos constitutivos primarios de la figura jurídica matrimonio, como es la convivencia permanente y constante, es decir, hacer vida común en el domicilio conyugal, pues se trata de un acto de incumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio que incluso el representante del registro civil lee los articulados pertinentes que los consortes aceptan al manifestar oralmente y por escrito al firmar el acta matrimonial.

49 Casación N° 0207-2010-Lima; Casación N° 1120-2002-Puno; Casación N° 01215- 2011-Lima y Casación N° 3362-2006-Lima.

2.2.6.9. Naturaleza jurídica del divorcio por causal de separación de hecho:

Según Guillermo Cabanellas⁵⁰, precisa que “la separación de hecho es en si la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal por partes de los esposos dentro de la figura jurídica del matrimonio. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio. Nuestra legislación civil referida al matrimonio pone como requisito indispensable para el cumplimiento de sus fines a la cohabitación como deber de cumplimiento obligatorio que tienen los cónyuges debiéndose palpar con hacer vida conjunta y comunitaria en el domicilio conyugal conforme lo estipula el articulado 289° del código civil y esto es lo que se incumple”.⁵¹

La mayoría de los juristas doctrinarios definen a la separación de hecho como el incumplimiento del deber de convivencia o cohabitación por voluntad de uno o de ambos esposos en algunos casos se da esta separación por motivos diferentes a la naturaleza de esta causal para ello es menester demostrar las causas justificadas que la impongan esta necesidad de alejamiento tales como razones de salud,

50 CABANELLAS, Guillermo: Voz “Separación de Hecho”. En Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VII. Editorial Heliasra, pág. 387.

51 VARSI, Enrique, “Divorcio, Filiación y Patria Potestad”, Editora Grijley, Lima-Perú, 2004, pág.40.

trabajo o estudio, o casos de fuerza mayor o estado de necesidad de esta manera no se enfocaría esta causal.

2.2.6.10.Elementos del divorcio por causal de separación de hecho:

Para la calificación jurídica de la causal de separación de hecho se debe tener en cuenta tres elementos:

El elemento objetivo. – en la doctrina también se puede encontrar con el nombre de elemento material que en si da la certeza al juez la prueba del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia de los consortes dándose lugar como a la ausencia de cohabitación permanente.

Los jurisconsultos están de acuerdo de manera uniforme que este elemento está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los casados que en Roma la conocían como el *corpus separationis*, es decir, el cese definitivo comprobado de la cohabitación física de la vida en común de los consortes.⁵² Pero debemos tener cuidado al administrar justicia, dado que puede darse la posibilidad que en un matrimonio se suscite muchas razones

⁵² Respecto a este elemento la Sala Civil Penamente de la Corte Suprema de Justicia ha plasmado en su Casación N° 157-2004, los cónyuges tienen el deber como la obligación de habitar un mismo domicilio cumpliendo las funciones maritales en el ámbito sexual, convivencial, y todo aquello que nace del matrimonio.

esencialmente económicas donde los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble a pesar que entre ellos en realidad no existe vida en común incluso se observa que ocupan habitaciones distintas y manejan horarios diferentes teniendo el único nexo de comunicación ser los hijos. De esta manera en el caso concreto se evidencia claramente la constatación de la causal que nos encontramos tratando de manera absoluta por parte de los cónyuges comprobándose la carencia de cumplimiento del deber y derecho de la cohabitación. Pero por su parte Placido Vilcachagua no dice que no está de acuerdo con esta posición dado que es imposible demostrar este hecho ante un tercero que en este caso es el poder judicial por cuanto al vivir en una misma casa se demuestra la cohabitación entre los casados y que serían otras los motivos que darían lugar a una causal.⁵³

El elemento subjetivo. – También es llamado elemento psicológico que viene a ser la intención cierta, el deseo manifiesto de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, es decir, no ansían compartir la comunidad de vida como dirían en Roma nace entre ellos el animus separations. Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca por

53 ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil –Derecho de Familia*, tomo II, págs. 117-118.

cuestiones laborales, dado que su labor por su profesión u oficio lo conlleva a salir del hogar conyugal; otra modalidad sería por motivos de salud que obligue al consorte ser intervenido quirúrgicamente o tenga la necesidad de un tratamiento médico que incluya su estadía fuera del hogar.

Por otro lado, también se ve en los casos concretos los motivos de superación profesional que lo llevan a estudiar fuera de la jurisdicción de donde se halla su hogar conyugal o aquellas que nacen por motivos netamente judiciales de diferente índole a la familiar como aquel proveniente de un litigio penal donde se desencadena una posible detención judicial. Este hecho se encuentra sustentado y amparado en el artículo 289° del Código Civil, “referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros”.

En este orden de ideas, se colige conforme a la argumentación de Zannoni que en deberá acreditarse en el litigio que la interrupción de la cohabitación por uno de los consortes no se suscitó por motivos involuntarias o de fuerza mayor, cabe señalar que en algunos casos comenzó por estos motivos justificante y luego nace por este motivo

el enfriamiento de la relación conyugal y se da como consecuencia la falta de intención de nuevamente reanudar la convivencia marital. Es suficiente que uno de los esposos haya abandonado al otro, o se rehúse volver al domicilio conyugal, para que proceda su petición de divorcio por esta causal.

El elemento temporal. – se encuentra referido a acreditar un lapso mínimo de tiempo acreditando debidamente con medio probatorio idóneo la separación de los esposos estableciendo la norma un mínimo de dos años si no existen hijos menores de edad dentro del vínculo matrimonial, y cuatro años si los hubiera.

Es importante señalar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339° del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la sustentan.

2.2.7. Efectos legales del divorcio por causal de separación de hecho:

La emisión de la sentencia en este tipo de procesos judiciales será estimatoria, por cuanto dará lugar a una sentencia constitutiva cuyos efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia consentida por las partes. El resultado más trascendental de todas las

causales del divorcio es la disolución del vínculo matrimonial y, por ende, la finalización de los deberes que derivan del matrimonio, a ser: cohabitación, fidelidad, asistencia mutua, entre otros. Se incluye asimismo la interrupción del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido añadido al suyo estipulado en el artículo 24° del Código Civil.

Cabe señalar que “la causal de separación de hecho normado en el artículo 345-A del Código Civil vigente se tiene presente consecuencias específicas, que conlleva a consecuencias sancionadoras para el cónyuge culpable. La declaración judicial de divorcio en esta causal en específico, está conexas con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos”. Este hecho se concibe en dos dimensiones:

- a) Una dimensión es instituir el reconocimiento justificado de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor de cónyuge perjudicado.
- b) Otra dimensión cataloga la pensión de alimentos que pudiera corresponder a favor del cónyuge o de los hijos debidamente comprobados tal derecho que les favorece a consecuencia de constituirse esta causal; por ende, a pesar de producirse el divorcio queda pendiente el derecho alimentario para la esposa y sus hijos tal cual lo prescribe en el primer párrafo del artículo 350° del Código

Civil, quedando a criterio del magistrado. Si le demos una mirada a la norma específicamente al artículo 342° indica:

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

Otros efectos importantes que recaen de la presente causal de divorcio de separación de hecho son los siguientes:

- a) La finalización del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales en aplicación del artículo 323°, pero si en el caso concreto el cónyuge es culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación artículo 324°.
- b) Debe tenerse en cuenta que el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro conforme al artículo 352° del C.C.
- c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden artículo 343°.

En aquellos casos de los matrimonios que tuvieran en su hogar hijos menores de edad en el divorcio por la causal de separación de hecho producirá en cumplimiento del artículo 355° del Código Civil vigente además los siguientes efectos:

- a) Los hijos se quedan con el cónyuge que obtuvo la separación por la causal demostrada en juicio o por decisión del magistrado opte conforme al bienestar superior del menor e incluso podría optar a entregarle a tercera persona, en este caso puede ser los ascendientes o descendientes. En el caso que ambos esposos son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, pero en algunos casos en el juicio se tiene evidencia que los padres no cumplen con sus obligaciones como tal e incluso ejerce la patria potestad una persona distinta entonces se les suspende la patria potestad hasta que acredite el cumplimiento de sus deberes, derechos y obligaciones con su prole.
- b) En cualquier momento del proceso el a quo puede dictar a pedido de uno de los padres, o de los hermanos mayores de edad o si lo hubiera del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos artículo 341° del C.C.

2.2.8. Regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho:

En nuestro país el sistema jurídico civil familia ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio y separación de cuerpos. En primer lugar, se tiene los casos del divorcio-sanción, cuyo sostén es la culpa del cónyuge que origina la causal en la que se funda

el divorcio, razón por la que también se ha denominado divorcio por causas inculpatorias. Por otro lado, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley N° 27495, es decir, “el divorcio por causa no inculpatoria. La doctrina y el derecho comparado han establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio que reposa netamente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria”.

Herminia Campuzano Tomé comparte con Pereda y Vega Sala, considera “la compensación como la prestación en forma de renta periódica, que la ley reconoce, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo durante la vigencia del matrimonio, este reconocimiento se encuentra orientada fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos roto con la cesación de la vida conyugal. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias”.

Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aun cuando haya acuerdo entre ellos. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a

favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral. En el divorcio por causal de separación de hecho en el Perú se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a de identificar al cónyuge más perjudicado; y en este sentido, será considerado de esta manera aquel cónyuge:

- a) Que no ha dado motivos para la separación de hecho.
- b) Que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio.
- c) Que haya sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

En el caso típico de la separación de hecho que se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges, por ejemplo, se abandona el hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aísla inicialmente por un motivo justificado ya sea por enfermedad, trabajo o estudios, pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retomar al hogar el juzgador debe identificar

y comprobar que cónyuge se le debe considerar la indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

2.2.9. Naturaleza jurídica de la indemnización:

La indemnización tiene su razón de ser al existir contra el ser humano cualquier tipo de resultado nocivo que soporta un individuo con impulso de una conducta propia, extraña o, inclusive, con ocasión de un fenómeno natural, no imputable a sujeto alguno.⁵⁴

“Es importante establecer la naturaleza jurídica de la indemnización con el propósito de fijar que tipo de normatividad o régimen legal resulta aplicable, por lo tanto, el contenido y su extensión de la indemnización se encuentra enfocado en diferentes doctrinas que se han desarrollado a ser”.⁵⁵:

2.2.9.1. Naturaleza de carácter alimentario

Se tiene claro, que se trata de una prestación de carácter sumamente vital, pero existen diferencias entre la figura de la indemnización o compensación. Puesto que la pensión alimentaria nace propiamente de la necesidad de cubrir los gastos básicos que se dieron lugar desde el vínculo familiar que tiene su origen en la normativa. Por su parte la compensación

⁵⁴ MARTÍNEZ SARRIÓN, ÁNGEL, Bosch Casa Editorial, 2e edición italiana, Barcelona, 1975, pág. 109.

⁵⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “*La Pensión compensatoria en nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*”, Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: www.nuevodivorcio.com/compensación-compensatoria-pdf.

nace de la sentencia emitida por el a quo derivado del divorcio o separación siempre a favor del cónyuge perjudicado para de esta manera poder compensar el desequilibrio producida por la separación. Otro sustento legal y que lo diferencia categóricamente es que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe obligatoriamente solicitarse en el proceso de divorcio.

Esta compensación económica será el eco agudo que nace de las pruebas debidamente acreditadas por el cónyuge solicitante que indubitablemente el magistrado tendrá a la mano y que sin lugar duda tendrá que establecer el reconocimiento judicial del hecho causado que atenta claramente a uno de ellos y como es alegado ante juicio deberá reconocerse y establecerse con un monto económico conforme a las posibilidades demostradas en el proceso y que otro consorte tendrá que cumplir con pagar sin miramiento a perdón.

2.2.9.2. Naturaleza de carácter reparador

La doctrina también sustenta este lado reparador, al fundamentar se puede afirmar que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial, y al efecto se establece una pensión compensatoria, dado que al ocasionarse el divorcio por esta causal existe de cajón un

consorte que ante la sociedad estará en perjuicio, con algún daño de alguna índole y que es de justicia ser reconocido y de alguna manera restaurado por aquel sujeto que lo ocasiono y la norma deberá amparar de alguna manera.

2.2.9.3. Carácter indemnizatorio:

Se sustenta la naturaleza indemnizatoria, porque al reconocerse un hecho relevante para la norma en desmedro de un ser humano que formo una familia con todas las garantías constitucionales se debe dar paso al reconocimiento de una prestación mediante una retribución económica única que debe ser una suma considerable pero existe también otra postura de la doctrina que sustenta que debe reconocerse dicho monto pecuniario pero debe ser considerada en calidad de una pensión compensatoria que debe asignarse a aquel consorte afectado que deberá cobrar hasta que forme una nueva familia. Para fundar esta indemnización es necesario documentar un desequilibrio en comparación con el otro cónyuge y en relación a la situación anterior que tenía el consorte al ocasionarse la disolución matrimonial. Se debe tener en cuenta que dicho reconocimiento no debe confundirse de una responsabilidad civil, por tanto, no se sustenta ni el dolo ni la culpa.

Este derecho indemnizatorio tiene su propio sustento que nace propiamente del divorcio por causal de separación de

hecho, que no depende de ninguna figura distinta como de la responsabilidad civil contractual o algo parecido.

2.2.9.4. Naturaleza de carácter obligación legal:

Existe doctrinarios que sostiene que la indemnización nacida del divorcio por causal de separación de hecho tiene el carácter de obligatorio para los esposos que la incumplen dado que tiene su base primordialmente legal, por tanto, la norma impone a uno de los casados el desembolso de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio, y así evitar el empobrecimiento del cónyuge más débil. Inclusive, no es prescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado por cuanto prevalece la situación del hecho evidente ante los ojos de cualquier persona.

El cimiento de esta obligación legal indemnizatoria yace en buscar la justicia equiparándose dicho hecho en encontrar la equidad entre los cónyuges y en aplicar la solidaridad familiar. Lo que se busca en prima fase es reconocer y pagar los daños producidos en el interior de la familia, se entiende claramente que los daños que se produce dentro de la familia produce afectación directa a los derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado sino también de los hijos, puesto

que uno de los fundamentos importantes del ámbito familiar es que exista entre los miembros del hogar una efectiva calidad solidaria, que tiene como fin primordial la asistencia permanente según la necesidad de cada uno de ellos en cada momento de necesidad.

2.2.9.5. Carácter de responsabilidad extracontractual:

Desde este punto de vista se exige que se sustente en ciertos elementos que debe equiparar para su validez tales como: el daño y perjuicio, la antijuricidad, el factor de atribución o imputabilidad y la relación de causalidad.

Cierta cantidad de juristas peruanos sustentan esta postura, pero difieren en cuanto a su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual combinadas por características adecuadas al Derecho de Familia y otros doctrinarios apoyan al divorcio remedio aplicando un tipo de responsabilidad civil familiar y especial. En definitiva, se denota, que en el divorcio sanción se solicita la culpabilidad de uno de los consortes y la indemnización que nace de este hecho tiene sus propias particularidades, características y la naturaleza que deviene del Derecho de Familia.

2.2.10. La indemnización en la norma peruana

Dentro de nuestro marco legal la indemnización es regulada en el artículo 345- A del Código Civil peruano, “el cual tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede cumplirse en cualquiera de estas dos formas siguientes: el pago de una suma de dinero y la segunda sería la transmisión preferente de bienes de la sociedad conyugal. La norma positiva nos ofrece dos soluciones de carácter electivo, pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta compensación no sólo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal debidamente demostrado por el cónyuge que sufrió dicho perjuicio”.

El título que cimienta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma normativa y su propósito no es resarcir perjuicios, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas provenientes de la ruptura matrimonial. En su ímpetu de aclarar el panorama de esta figura jurídica la doctrina da un análisis amplio de la ley opinando en sentido estricto que la indemnización nace de una obligación impuesta por la norma positivizada buscando siempre la equidad para los consortes y de esta manera equilibrar en todo o parte una desigualdad económica que existe de un cónyuge a comparación del otro por haberse suscitado la quiebra del matrimonio, que incluso uno de ellos ni en los malos sueños puede equiparar esa situación para su familia, tanto fue así, que si pudiera compararse en la apuesta a una

carrera de caballos, uno de ellos apostó todo lo que tenía e incluso hasta lo que no tenía con tal de tener a futuro un buen fruto que sería orgullo familiar. De esta manera, la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas que nacen al romperse la institución del matrimonio.

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, para dicho electo el magistrado que conoce el caso concreto e juicio tendrá las pruebas pertinentes para tener claras las presunciones y los indicios que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, evaluar la magnitud del perjuicio y el quantum indemnizatorio. La compensación que se reconoce en este caso, no tiene carácter alimentario dado que este tiene su propia ley y tratamiento respectivo por consiguiente su naturaleza jurídica propia.

Debemos recordar que la pensión de alimentos luego de un proceso civil sumarísimo, el obligado tiene que asumir un pago periódico o sucesivo hasta que la solicitante demuestre su estado de necesidad para satisfacer sus necesidades básicas principales en cambio, el resarcimiento que nace del divorcio por causal de separación de hecho tiene otra connotación al establecerse el perjuicio que sufre uno de los cónyuges por motivo de rompimiento del vínculo marital afectando gravemente un estado nuevo del consorte y de su prole si la hubiera, trayendo como consecuencia nuevas necesidades y

obligaciones como también nuevas situaciones a la falta de uno de los cónyuges en el hogar.

2.2.11. Imprecisión de la norma

Respecto a la indemnización que nace del divorcio por causal de separación de hecho, podemos sostener que en la norma no se fija una formula por la cual el órgano jurisdiccional en sus diferentes instancias pueda apoyar para establecer el monto dinerario o que parte de adjudicación de los bienes a que tiene derecho por ley le corresponde, por lo que es necesario establecer y fijar una especie de criterios básicos para que nosotros los jurisconsultos podamos tener en cuenta para disponer de la base legal correspondiente y hacer valer los derechos de aquel cónyuge perjudicado ante la ruptura matrimonial que perjudica en su vida como persona humana siendo un derecho humano y constitucional que toda persona que se afecta, máxime si procede de un derecho de carácter familiar, en la que se encuentra involucrada el cónyuge y la prole, como también afecta al entorno familiar puesto que cambia su status quo ante la sociedad, dado que una cosa es tener un familia constituida y completa y otro es vivir dentro de una familia ensamblada, o una familia disfuncional, entre otros, la cual nace gracias a la mala acción de una de las partes que conforma el matrimonio, ya sea la mujer el varón. En torno a la norma en nuestro país al no estar fijada trae como consecuencia el atentado

de los derechos que tiene aquel cónyuge afectado por la carencia de este vacío legal.

Si le damos un vistazo al Tercer Plenario Casatorio dado en nuestro país, podemos denotar un gran avance en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho que en realidad todos los magistrados tenían una dispareja apreciación de sus decisiones judiciales por lo que afectaba directamente a los actores de los procesos de familia, afectando sobremanera las sentencias desiguales, pero a partir del Plenario quedo de alguna manera instituido algunas reglas que los jueces tienen en cuenta para emitir sus sentencias pero aún queda al aire el hecho de no contar con lineamientos básicos que deben ser adoptados según la realidad peruana.

2.2.12. Quantum de la indemnización

Debemos tener en cuenta que la segunda parte del artículo 4° de nuestra Constitución se refiere a la familia, “al matrimonio y a su protección, y si nos remontamos a tiempos antiguos se observa el reconocimiento de la familia como célula básica de la sociedad y nace por el deseo de dos personas libres de impedimento que desean realizar vida en común conjuntamente con sus descendientes. Este es el núcleo de la familia al que se añaden, según los casos, los demás ascendientes y los parientes colaterales como son los tíos, sobrinos, primos, etc. y los parientes por afinidad que vienen a ser los suegros, nueras, yernos y cuñados entre otros”.

Por lo tanto el desequilibrio de esta composición familiar rota por una de las partes del matrimonio y al producirse el divorcio por la causal de separación de hecho, la cual se encuentra normado pero en ningún momento se establece el monto exacto, las estrategias o criterios que se tomaran en cuenta para fijar a que conyugue entre otro que se vea perjudicado se le asigne una determinada valoración por el concepto de indemnización propia de esta figura jurídica que no depende de ninguna otra parecida que pueda existir en la normativa.

Alex Plácido Vilcachagua, quien sostuvo, entre otros argumentos, que “en el plano del divorcio por causal de separación de hecho en cuanto a la indemnización se sostiene en fundamentos de equidad, evitando el enriquecimiento indebido y siempre buscar la solidaridad conyugal. Esta apreciación doctrinal comprender no sólo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiados y relevantes su reconocimiento. El enriquecimiento sin causa es aquella figura jurídica que también es llamada enriquecimiento indebido gracias a ello se ve incrementado el patrimonio pero que fue adquirido sin arreglo a ley, es decir, adquirido de manera ilegal sin miramiento de la ley”.

Leysser León Hilario por su parte mantiene que “la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria, por tanto, no es un caso de

responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar que nace del seno del matrimonio”.

Debe asumirse que a partir del matrimonio nacen deberes, derechos y obligaciones entre los miembros de la familia que deberán cumplirse sin excepción por cada uno de sus miembros y al producirse el divorcio por la causal de separación de hecho se encuentra evidente el perjuicio de la mujer o el varón evidente para los ojos de la sociedad, por lo que es de necesidad urgente implantar ciertos lineamientos para establecer el quantum respectivo al caso concreto, entre ellos debería tenerse en cuenta los siguientes criterios a ser:

PRIMER CRITERIO

Un primer criterio sería demostrar que uno de los cónyuges tiene más atribuciones y obligaciones cumplidos con eficiencia y responsabilidad frente al matrimonio con respecto a los hijos, al mantenimiento de la familia, ya que conoce el teje y maneje de las circunstancias que nace del hogar el cual solo uno de ellos podría sobrellevar la buena conducción de la familia.

SEGUNDO CRITERIO

Otro criterio sería reconocer al consorte que no desarrolló su profesión u oficio con mayor amplitud por estar pendiente de manera absoluta del hogar, dado que el otro no pudo hacerlo con la misma

intensidad por tener la carga familiar a costas porque en caso contrario el hogar se iría a la deriva.

TERCER CRITERIO

Otro criterio sería los años de convivencia marital que tuvieron dentro de la figura del matrimonio y los hijos que procrearon corriendo a su cargo la conducción todas las etapas de desarrollo de vida de los menores, como por ejemplo sus controles médicos, su seguimiento educativo e incentivar la recreación de los menores de manera responsable; que en realidad en los procesos judiciales raros son los magistrados que aprecian dichas situaciones.

Tomando estos criterios y la suma de ellos se podría consignar el 60% a más a favor del cónyuge perjudicado y un porcentaje de por lo menos de 20% más a favor de los hijos nacidos dentro del matrimonio, quienes a futuro no tendrán la misma capacidad de desarrollo que tuvieron aquellos que si mantuvieron una relación estrecha con ambos padres.

2.2.13. Proyecto de vida del cónyuge afectado

Para los fines del reconocimiento de la afectación a la consumación de los anhelos, deseos que cada persona tiene a futuro, es menester distinguir los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida antes de la demanda y de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada

con el divorcio mismo, de la sentencia que tiene como consecuencia cambiar la situación jurídica y personal del consorte.

En el primer lugar, cada persona natural tiene como propósito el respeto de su vida y su desarrollo de la misma dentro de los cánones de normalidad donde se elige a una pareja para vivir en matrimonio y la violación de este derecho trae perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resultando lesivo a la persona en consecuencia, se tiene una afectación emocional y psicológica. Entonces, se encuentra claro que toda persona humana busca establecer una vida de prosperidad, felicidad, con desarrollo pleno en su vida profesional, personal y psicológica a lado de las personas que forman su familia.

Pero cuando este hecho se quebranta con la consumación del divorcio por la causal de separación de hecho, entonces estamos frente a la afectación del proyecto de vida de uno de los cónyuges de las diferentes formas que pudiera darse como por ejemplo en lo económico el cónyuge puede resultar lesionado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

Es sumamente lógico que el divorcio por causal de separación de hecho uno de ellos ha optado ya no cumplir con sus obligaciones que nacen del matrimonio y toma otro rumbo por lo que perjudica psicológica, moral y económicamente al cónyuge. Todos sabemos que

el ser humano es social y que por ello forma una familia constituida al realizarse el matrimonio, porque la ley no obliga a nadie a casarse, dado que existen otras formas de vida en pareja como es el concubinato. Por ello, podemos afirmar que el estado emocional del cónyuge afectado con el divorcio que estudiamos conlleva a la frustración de su proyecto de vida que cada ser humano establece para vivir en familia. La constitución de una familia para una persona y plasmarla en un matrimonio no es nada fácil porque trae consigo un sin número de responsabilidades para quienes lo conformaran para toda la vida y no por un corto plazo de tiempo, por ello afirmamos que el sueño que todos tenemos para realizar y que por culpa de otro no se llega concretar por obra y gracia de otro ser humano que va dando tumbos en la vida no puede quedar impune dado que la psiquis es la esfera muy importante para el hombre dado que la perturbación de ello trae consigo la consumación de un sin número de enfermedades psíquicas que nacen del desquicio del proyecto de vida que cada uno nos trazamos en este mundo de Dios.

La construcción de una vida es más importante que la construcción más costosa de una bien inmueble que la ley ampara y protege con pago de costos, costas, indemnizaciones entre otros gastos que acarrearán el no cumplimiento de las cláusulas establecidas en el contrato por lo tanto la vida de una persona y es más, sus sueños y proyectos deben tener una relevancia jurídica inapreciable pero que debe contar para el resarcimiento de aquello que contribuyó al no

cumplimiento de dicha hecho personal y que debe recaer en bienes tangibles de ser afectados a favor del cónyuge perjudicado en este caso y que el otro causante del hecho debe cumplir de pleno derecho con su restablecimiento aunque sea de forma económica.

El concepto de daño a la persona ha sido trabajado en base a la doctrina italiana tales como: Busnelli⁵⁶ respalda a Fernández Sessarego “aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, del daño biológico al daño a la salud, El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima”.

El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole, el perjuicio de afecto es el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes, el daño estético afecta las posibilidades de afirmación del

56 BUSNELLI- M.C. VITUCCI, Frantumi europei di famiglia, en Rivista di diritto civile, 2013.

individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física, el daño sexual por su parte por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc., el daño psíquico es la perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico.

2.2.14. Inestabilidad económica del cónyuge afectado

El desequilibrio económico se establece relacionando la situación material que tiene uno de los cónyuges en comparación con el otro, como también debe tenerse en cuenta la situación resultante del cónyuge afectado en el divorcio por causal de separación de hecho y como era cuando el matrimonio estaba andado sobre ruedas.

En tal sentido, también se pronuncian Luis Díez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español en el artículo 97° al aseverar que: “La hipótesis para la que el código lo establece queda dibujada por la influencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras la crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”.

El detrimento de la estabilidad económica del consorte debe ser constatado por el magistrado en relación a las pruebas idóneas existentes en el expediente y actuados en la etapa probatoria en el proceso judicial proveniente del hecho objetivo.

2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS O TÉRMINOS

A. Indemnización:

“Consiste en la acción que tiene el acreedor o la víctima para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. El perjuicio es la disminución patrimonial del acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, sea que se trate de una pérdida real o efectiva, o simplemente de una ventaja. Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización”.⁵⁷ Las indemnizaciones de perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia: contractuales: Son las que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento. Extracontractuales: Son aquellas que no proceden de un contrato. Su causa se debe a una acción

⁵⁷ PLANIOL Y RIPERT, Tratado práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No. 821, pág. 132.

dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas. Dicha acción puede originarse también con motivo de la comisión de un delito.

B. Daño:

Es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano⁵⁸. “Ambas palabras, sin embargo, tuvieron en su origen un significado distinto. El daño de la ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa y, aunque no hubiera perjuicio, estaba sancionado. Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, establece el artículo 1331° del Código Civil que *la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*. Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un

58 Artículos 1317, 1321 y 1331 del Código Civil.

daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva”.

C. Daño emergente y lucro cesante

Esta clasificación de los daños es una de las más antigua, proviene del Derecho romano y se refleja luego en numerosos códigos, como el chileno, que las menciona expresamente en su art. 1556°, aunque sin caracterizarlas; o en disposiciones como el art. 1069° del Código civil argentino y el art. 1106° del Código civil español, que sin mencionar sus clásicos nombres, dan perfectamente las características de uno y otro tipo de daños. Así, "daño emergente" es, “a nuestro entender, el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio.”⁵⁹El "lucro cesante", en cambio, “contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido”. Existe una distinción entre "daño emergente" y "lucro cesante", y la doctrina suele coincidir en señalar como notas diferenciales señaladas por la jurisprudencia que ha afirmado, por ejemplo, que: "El daño emergente comprende las pérdidas que el acreedor ha sufrido a consecuencia de la inexecución del contrato de transporte (gastos farmacéuticos, honorarios médicos,

⁵⁹ ORGAZ, Alfredo Daño resarcible, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 24; Manuel ALBALADEJO, Instituciones de Derecho Civil, "Parte General y Obligaciones", Bosch, Barcelona, 1960, p. 584; Fernando PESSOA JORGE, Ensayo sobre los presupuestos de responsabilidades, civil, Lisboa, 1968, núm. 115, p. 377.

incapacidad física, etc.), en tanto que el *lucrum cessans* se refiere a las utilidades que dejó de percibir".

D. Daño actual y daño futuro:

Es indispensable determinar previamente en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y clasificarlos. Deseamos destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca "instantáneo", se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera instantánea, sino que -con mucha frecuencia- las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastante extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente.

E. Daño a la persona:

Por su radical importancia, captó nuestro preferente interés desde la década de los años 80 del siglo XX. De ahí que le hayamos dedicado al asunto varios trabajos monográficos los que han sido publicados en el Perú y en el extranjero. En ellos hemos incidido sobre diversos aspectos de esta

novedosa como apasionante materia⁶⁰ “El daño puede ser apreciado desde dos distintos planos, no obstante que entre ellos exista una relación esencial. Cabe, así, distinguir, de una parte, el daño en función de la calidad ontológica del ente dañado, es decir, en atención a su naturaleza. De la otra, cabe referirse al daño en cuanto a las consecuencias que dicho daño ha ocasionado en el ente dañado. Evidentemente, no hay daño sin consecuencias. En atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del daño puede diferenciarse claramente dos tipos de daños: uno que podemos designar como subjetivo o *daño a la persona*- y otro que denominamos objetivo -o *daño a las cosas*-. El daño subjetivo es el que incide sobre el sujeto de derecho, que no es otro que el ser humano. Se le conoce generalmente bajo la denominación de *-daño a la persona-*. De ahí que pueda utilizarse, indistintamente, las expresiones de *-daño subjetivo* o *-daño a la persona-*. Ambas apuntan al ser humano. A un ser humano que se despliega existencialmente en un proceso ininterrumpido desde su concepción hasta su muerte”.

F. El tiempo físico y el tiempo jurídico

La dimensión temporal encontramos el pasado, el presente y el futuro. Pasado y futuro pueden imaginarse como "cantidades" de tiempo, susceptibles de medición; el presente, en cambio, no es más que un punto, en perpetuo movimiento, que va desplazándose a lo largo del hilo de nuestra

⁶⁰ Gaceta Jurídica, Lima, Año 5, N°12, setiembre de 1999, pág. 11 y sgts. y en “Themis”, Revista de Derecho, Universidad Católica. Lima, N° 39, pág. 453 y sgts.: Daño moral y daño al proyecto de vida en “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, noviembre de 1999, pág.25 y sgts.

vida, y transformando lo que hasta hace un instante era "futuro", en un definitivo e irrecuperable pasado. "Si analizamos el tiempo físico, o tiempo material, el presente solamente puede ser un punto -como ya hemos dicho- pero desde el punto de vista de las realidades jurídicas, que son distintas de las realidades físicas, encontramos dimensiones de *tiempo ideal*, que son diferentes a las realidades físicas del tiempo; así, por ejemplo, una conferencia, o la lectura de un fallo, que temporalmente tienen un *antes*, y un *después*, a partir del instante en que se iniciaron, hasta el momento en que finalizan, idealmente forman una unidad temporal única", como lo explica con singular agudeza LÓPEZ de ZAVALÍA, en un hermoso trabajo sobre irretroactividad de la ley.⁶¹

G. Daño proyecto de vida:

Martín Heidegger el que, en su profunda obra "El ser y el tiempo", haya presentado al ser humano como un ser temporal. Para el filósofo alemán el tiempo es lo que permite a que cada uno (el "ser ahí") comprenda e interprete, en general, lo que se mienta como "ser". El análisis de la historicidad del "ser-ahí" trata de mostrar, según Heidegger, que este ente no es temporal por estar "dentro de la historia", sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente "por ser temporal en el fondo de su ser"⁶². El tiempo se constituye, de este modo y según expresión de Heidegger, en "el genuino horizonte de toda comprensión e interpretación del ser". Es

61 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Irretroactividad de las leyes, LL, 135-1485 a 1493.

62 HEIDEGGER, Martín, "El ser y el tiempo", Fondo de Cultura Económica, Traducción de José Gaos, México, 1951, pág. 433.

decir, que el tiempo es el horizonte para el recto planteo del ser. O, como señala Ceñal, "el tiempo hecho existencia, es la raíz de todo saber y de toda ciencia"⁶³. El Dr. Díaz nos señala que "en el proyecto de vida el ser humano marca su destino, fija sus metas, a las cuales dirigirá todos sus esfuerzos. La libertad se manifestará concretamente en la búsqueda o en la realización de dichas expectativas⁶⁴". En consecuencia, el daño al proyecto de vida es aquel daño que afecta "el destino que la persona otorga a su vida⁶⁵" y que debe ser indemnizado en tanto la frustración o retardo de dicho proyecto "originará un vacío existencial difícil de suplir o sustituir por otro proyecto⁶⁶". Así el daño al proyecto de vida se expresa mejor como un daño a la libertad de la persona, pues le quita la libertad de desarrollarse como deseaba. No obstante, debe ponerse en claro que el proyecto de vida debe estar "vinculado con metas razonables, esperanzas fundadas o proyectos accesibles⁶⁷" y no con meras expectativas sin base real, pues sino caeríamos en la arbitrariedad.

63 CEÑAL, Ramón, en "La filosofía de Martín Heidegger" de A. de Waelens, nota preliminar, pág. XVI.

64 DÍAS CÁCEDA, Joel Christopher. "Los conceptos de 'daño a la persona' y 'daño al proyecto de vida' en las reparaciones por violaciones a los derechos humanos en el Perú". Tesis para título profesional de abogado. Lima, Perú., 2004, Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 12.

65 FERNANDEZ DE SESSAREGO, Carlos. "Apuntes sobre el daño a la persona". En: Ius et Veritas, Lima, Año 8, N°25, noviembre del 2002, pág. 16.

66 FERNANDEZ DE SESSAREGO, Carlos. "Daño moral y daño al proyecto de vida". En: Revista Jurídica del Perú, Lima, Año 52, N°31, febrero del 2002, pág. 51.

67 FERNANDEZ DE SESSAREGO, Carlos. "El daño al proyecto de vida en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas". En: Foro Jurídico, Lima, Año 10, N°10, En imprenta.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

A. Métodos Generales de la Investigación:

- **Método Inductivo – Deductivo.** - Porque la investigación partirá del estudio de hechos concretos de cómo se presenta en la realidad la indemnización del cónyuge en el divorcio por causal a partir de ello se generalizará los derechos.

- **Método Comparativo.** - Se utilizará a fin de comparar los efectos jurídicos entre el daño causado al proyecto de vida y el quantum indemnizatorio al cónyuge perjudicado; a partir de ello se generalizará los derechos.

- **Método Análisis Síntesis**- Se utilizará al hacer el estudio de la naturaleza jurídica de la naturaleza jurídica de la imprecisión de la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, sus efectos, etc.

B. **Métodos Particulares de la Investigación.** - Sirvió para realizar una interpretación de las normas que regulan la Institución de la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, utilizando los siguientes métodos:

- **Método Exegético.** - Que permitirá conocer el sentido de las normas jurídicas y el sentido que quiso darle el Legislador, a través de un análisis gramatical (lingüística, etimológica) de la palabra indemnización. Así mismo este método implicará realizar un estudio histórico de los antecedentes jurídicos del divorcio por causal de separación de hecho.

- **Método Sistemático.** - Que permitirá una interpretación de las normas que regulan la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho teniendo en concordancia con todo el conjunto de normas estructuradas, desde el Código Civil, hasta la Constitución. Se tendrá en cuenta las legislaciones internacionales y las alternativas de tratamiento jurídico.

- **Método Sociológico.** - Que permitirá interpretar la norma que regula la indemnización, al recurrir a los diversos datos que aporta la realidad socio cultural con respecto al divorcio por causal de separación de hecho, para entender la naturaleza sociológica de esta institución.

3.2.DISEÑO METODOLÓGICO:

3.2.1. Tipo y Nivel de Investigación. - La presente investigación es de tipo Básico, Transversal, Observacional, Comparativo, porque se hará un análisis Básico Descriptivo de cómo se encuentra la Institución de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la Legislación Nacional.

Y el **Nivel de la Investigación**, es de carácter Explicativo; Por lo que se hará un análisis de los efectos jurídicos que se derivan de la entre el daño causado al proyecto de vida y el quantum indemnizatorio al cónyuge perjudicado; a partir de ello se generalizará los derechos.

3.2.2. Diseño de la Investigación. - La presente investigación tiene el diseño descriptivo simple.

3.2.3. Población y Muestra de investigación:

A. **Población.** - Está constituido por el número de tres mil abogados del cercado de Huancayo, teniendo en cuenta la accesibilidad económica y social por parte del Investigador.

B. **Muestra.** - Será representada por 72 abogados del CAJ de acuerdo al procedimiento para calcular el tamaño de la misma, conforme se describe a continuación.

$$n = \frac{z^2 \cdot p \cdot q \cdot N}{S^2 (N - 1) + z^2 \cdot p \cdot q}$$

- n = Tamaño de la muestra
- N = Población
- z = Nivel de confianza
- p = Probabilidad a favor (0.95)
- q = Probabilidad en contra (0.005)
- s = Error de estimación.
- & = 95 %
- z = 1.96
- s = 0.05

REEMPLAZANDO:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.95) (0.05) (3 000)}{(0.05)^2 (3 000 - 1) + (1.96)^2 (0.95) (0.05)}$$

$$n = 72$$

C. Técnicas de Muestreo

Muestreo Aleatorio Simple. -Por la misma razón que los elementos de la población tiene la misma posibilidad de ser escogidos; así mismo las muestras probabilísticas son esenciales en los diseños de investigación por encuestas en las que se pretende hacer estimaciones de variables en la población.

En consecuencias la muestra para la presente investigación fue de 72 abogados del CAJ.

3.2.4. Técnicas de Recolección de Información:

E.2.1. Encuestas. - Que se aplicó a los abogados de la ciudad de Huancayo.

Instrumento: cuestionario de encuesta a través de preguntas abiertas y cerradas sobre su situación.

E.2.2. Análisis Documental. - Que permite recopilar información a través de documentos escritos sobre el divorcio por causal de separación de hecho a través de las diferentes fuentes escritas para realizar el análisis comparativo de los derechos, efectos jurídicos y de las posiciones doctrinarias, relacionadas con el tema, etc., como son:

- Libros: Tratados, manuales, ensayos.
- Códigos.
- Revistas académicas.
- Publicaciones
- Informes.
- Editoriales.
- Anuarios. Etc.

Instrumento: Fichas de análisis de contenido.

3.3. PROCESO DE CONSTRUCCIÓN, VALIDACIÓN Y FIABILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS

“Todo instrumento de recolección de datos debe reunir dos requisitos esenciales: confiabilidad y validez. *La confiabilidad* de un instrumento para

recolectar datos se refiere al grado en que su aplicación repetida al mismo sujeto u objeto produce resultados iguales. *La Validez*, en términos generales se refiere al grado en que un instrumento realmente obtiene los datos que pretende obtener”⁶⁸

Para la validez de los cuestionarios aplicados, se puede recurrir a un *Juicio de Expertos*, quienes los evaluarán, corregirán y aprobarán.

Asimismo, para verificar la fiabilidad del instrumento utilizado se aplicó el test de confiabilidad Alfa de Cronbach, obteniéndose el siguiente resultado

Alfa de Cronbach	N de elementos
0,831	16

El resultado para el Alfa de Cronbach es de 0,831 por lo tanto se tiene una confiabilidad buena para el instrumento utilizado.

68 HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. Fundamentos de metodología de la investigación. Págs. 176-177.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Cuyo texto es el siguiente

“Al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado”.

Tabla N° 1. En la legislación civil peruana existe una regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
SI	62	86,1	86,1	86,1
Válidos NO	10	13,9	13,9	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018
Elaborado por: la investigadora

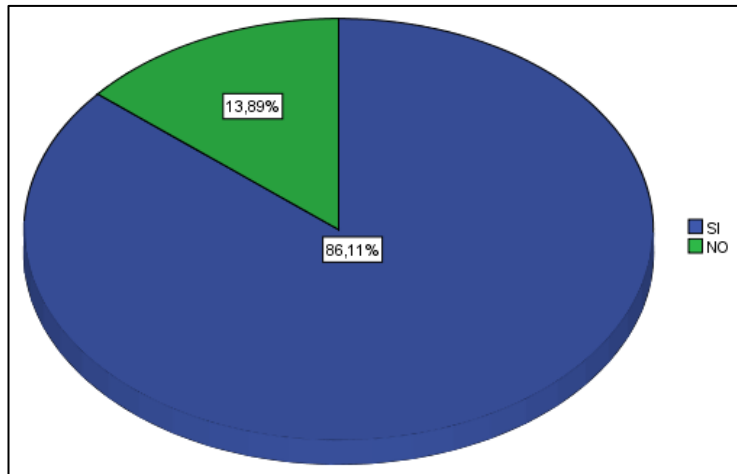


Gráfico N° 1. En la legislación civil peruana existe una regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Tiene conocimiento Ud. que en la legislación civil peruana existe una regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 86% indicaron que si tienen conocimiento que en la legislación civil peruana existe una regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el 14% indico que no tiene conocimiento.

Tabla N° 2. La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana posee imprecisiones o vacíos legales

	Frecuencia	%	% válido	%acumulado
SI	63	87,5	87,5	87,5
NO	9	12,5	12,5	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018
Elaborado por: la investigadora

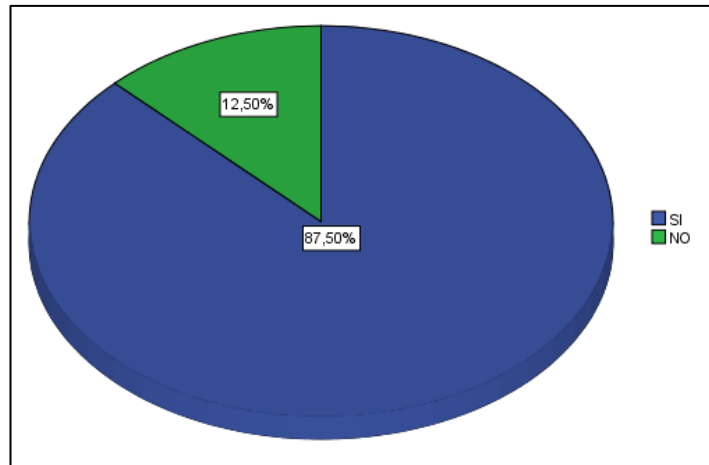


Gráfico N° 2. La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana posee imprecisiones o vacíos legales.

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana posee imprecisiones o vacíos legales?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 88% indicaron que en la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana si posee imprecisiones o vacíos legales y el 12% indico que no existe imprecisiones o vacíos legales.

Tabla N° 3. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el acuerdo económico entre los cónyuges para la separación

	Frecuencia	%	% válido	%acumulado
SI	66	91,7	91,7	91,7
NO	5	6,9	6,9	98,6
NS / NC	1	1,4	1,4	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018
Elaborado por: la investigadora

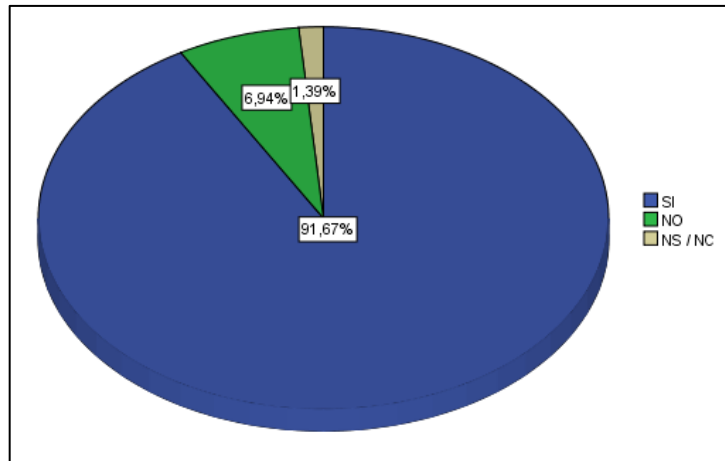


Gráfico N° 3. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el acuerdo económico entre los cónyuges para la separación

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, uno de los criterios a considerar sería establecer un acuerdo económico entre los cónyuges para la separación?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 92% indicaron que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, uno de los criterios a considerar sería establecer un acuerdo económico entre los cónyuges para la separación y el 7% indico que no creen que uno de los criterios a considerar sería establecer un acuerdo económico entre los cónyuges para la separación y el 1% no sabe no opina.

Tabla N° 4. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y la estabilidad económica del cónyuge perjudicado

	Frecuencia	%	% válido	%acumulado
Válidos	SI	60	83,3	83,3
	NO	9	12,5	95,8
	NS / NC	3	4,2	100,0
	Total	72	100,0	100,0

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

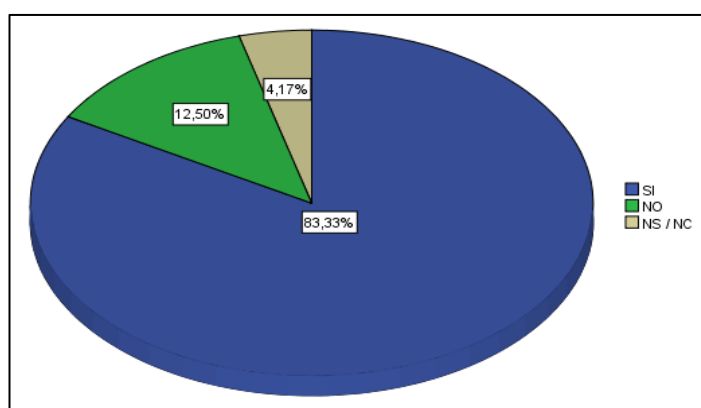


Gráfico N° 4. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y la estabilidad económica del cónyuge perjudicado

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, otro de los criterios a considerar sería la Estabilidad económica del cónyuge perjudicado?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 83% indicaron que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, otro de los criterios a considerar sería la Estabilidad económica del cónyuge perjudicado; el 13% indico que no creen que otro de los criterios a considerar sería la Estabilidad económica del cónyuge perjudicado y el 4% no sabe no opina.

Tabla N° 5. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y la estabilidad económica de los hijos perjudicados

	Frecuencia	%	% válido	%acumulado
Válidos	SI	66	91,7	91,7
	NO	3	4,2	95,8
	NS / NC	3	4,2	100,0
	Total	72	100,0	100,0

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

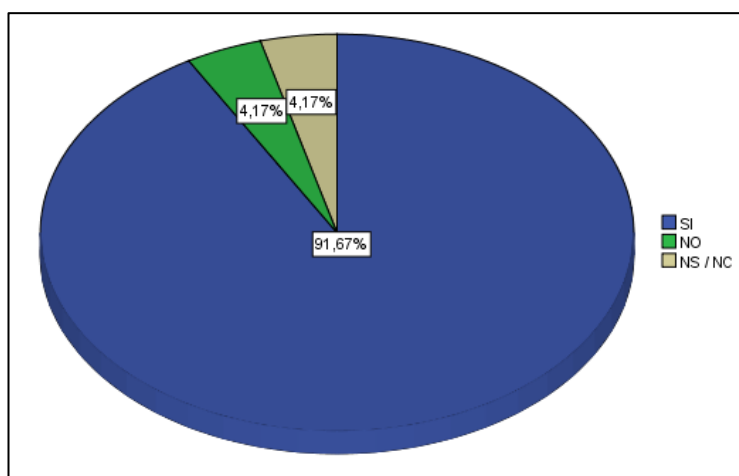


Gráfico N° 5. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y la estabilidad económica de los hijos perjudicados

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, otro de los criterios a considerar sería la Estabilidad económica de los hijos perjudicados?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 92% indicaron que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, otro de los criterios a considerar sería la Estabilidad económica de los hijos perjudicados; el 4% indicó que no creen que otro de los criterios a considerar sería la Estabilidad económica de los hijos perjudicados y el 4% no sabe no opina.

Tabla N° 6. La imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y los derechos del cónyuge perjudicado

	Frecuencia	%	% válido	%acumulado
Válidos	Totalmente de acuerdo	58	80,6	80,6
	De acuerdo	12	16,7	97,2
	NS / NC	2	2,8	100,0
	Total	72	100,0	100,0

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

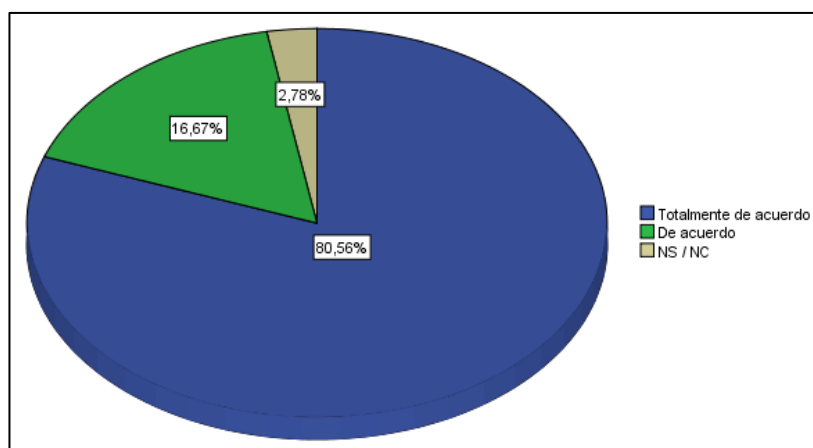


Gráfico N° 6. La imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y los derechos del cónyuge perjudicado

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Está de acuerdo Ud. que Al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 81% está totalmente de acuerdo en que al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado; el 17% indicaron estar de acuerdo y el 3% no sabe no opina.

4.2. SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Cuyo texto es el siguiente

“Al no estar establecido un quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado”

Tabla N° 7. La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana no establece un quantum con respecto a la indemnización

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válidos	SI	63	87,5	87,5
	NO	7	9,7	97,2
	NS / NC	2	2,8	100,0
	Total	72	100,0	100,0

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

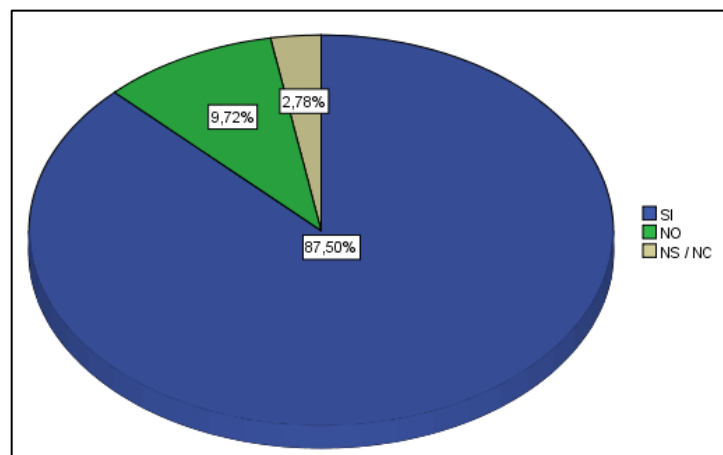


Gráfico N° 7. La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana no establece un quantum con respecto a la indemnización

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que en la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana no está establecido un quantum con respecto a la indemnización?, tal como se muestra

en la tabla y gráfico de la parte superior, el 88% indicaron que si creen que en la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana no está establecido un quantum con respecto a la indemnización, el 10% indico que no creen que en la legislación civil peruana no está establecido un quantum con respecto a la indemnización y el 2% no sabe no opina.

Tabla N° 8. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el tiempo de convivencia

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válidos	SI	65	90,3	90,3
	NO	6	8,3	98,6
	NS / NC	1	1,4	100,0
	Total	72	100,0	100,0

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018
Elaborado por: la investigadora

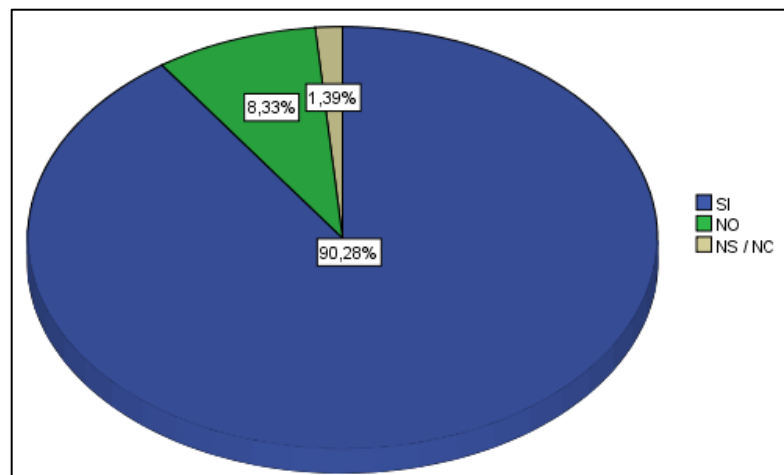


Gráfico N° 8. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el tiempo de convivencia

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería

establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual uno de los criterios a considerar sería el tiempo de convivencia?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 90% indicaron que si creen en que se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual uno de los criterios a considerar sería el tiempo de convivencia, el 8% indico que no creen que se debería establecer un quantum indemnizatorio y el 2% no sabe no opina.

Tabla N° 9. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el número de hijos

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
SI	64	88,9	88,9	88,9
NO	7	9,7	9,7	98,6
NS / NC	1	1,4	1,4	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018
Elaborado por: la investigadora

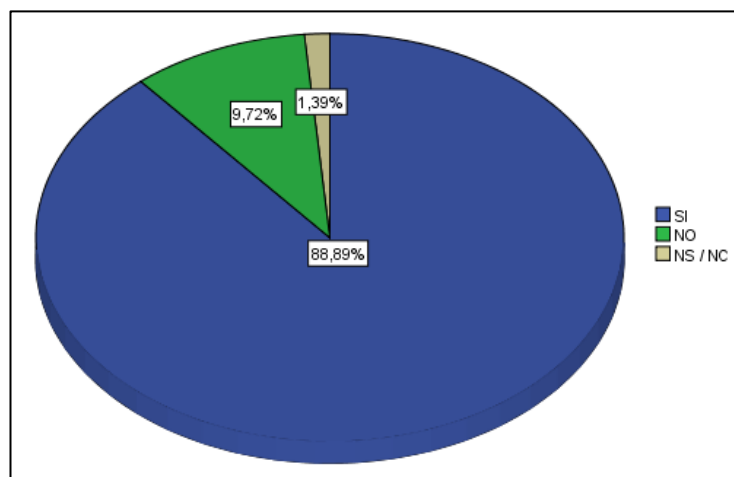


Gráfico N° 9. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el número de hijos

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a

considerar sería el número de hijos procreados?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 89% indicaron que si creen en que se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el número de hijos procreados, el 9% indico que no creen que se debería establecer un quantum indemnizatorio y el 2% no sabe no opina.

Tabla N° 10. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el estado emocional del cónyuge

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válidos	SI	62	86,1	86,1
	NO	6	8,3	94,4
	NS / NC	4	5,6	100,0
	Total	72	100,0	100,0

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

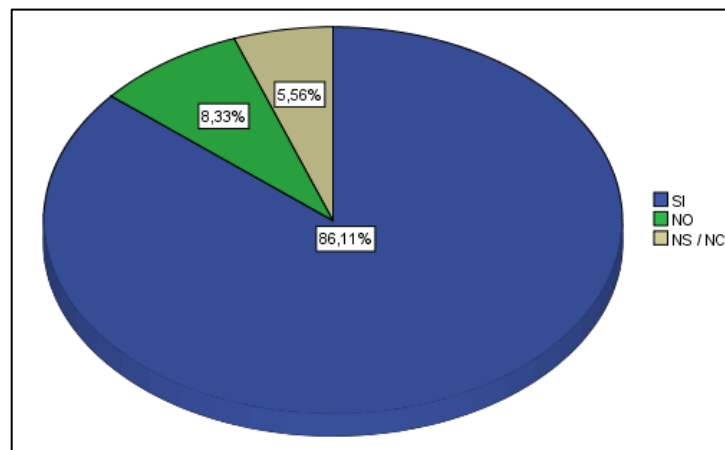


Gráfico N° 10. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el estado emocional del cónyuge

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería

establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el estado emocional del cónyuge?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 86% indicaron que si creen en que se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el estado emocional del cónyuge, el 8% indico que no creen que se debería establecer un quantum indemnizatorio y el 6% no sabe no opina.

Tabla N° 11. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el estado de salud del cónyuge

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
SI	64	88,9	88,9	88,9
NO	5	6,9	6,9	95,8
NS / NC	3	4,2	4,2	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

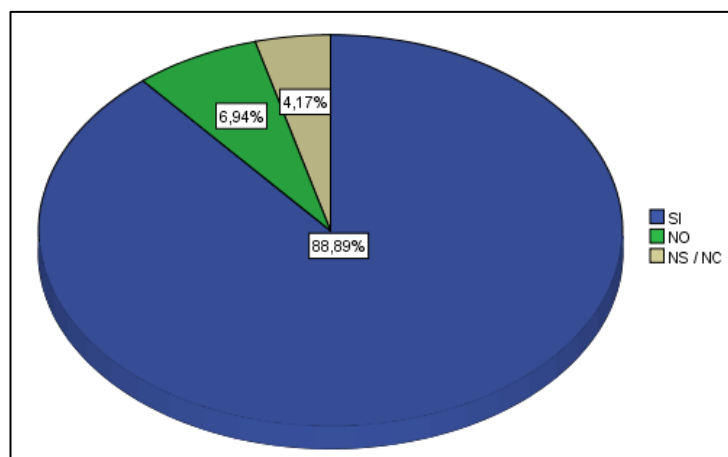


Gráfico N° 11. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y el estado de salud del cónyuge

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería

establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el estado de salud del cónyuge?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 89% indicaron que si creen en que se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el estado de salud del cónyuge, el 7% indico que no creen que se debería establecer un quantum indemnizatorio y el 4% no sabe no opina.

Tabla N° 12. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y la Indemnización por los daños ocasionados

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
SI	63	87,5	87,5	87,5
NO	8	11,1	11,1	98,6
NS / NC	1	1,4	1,4	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

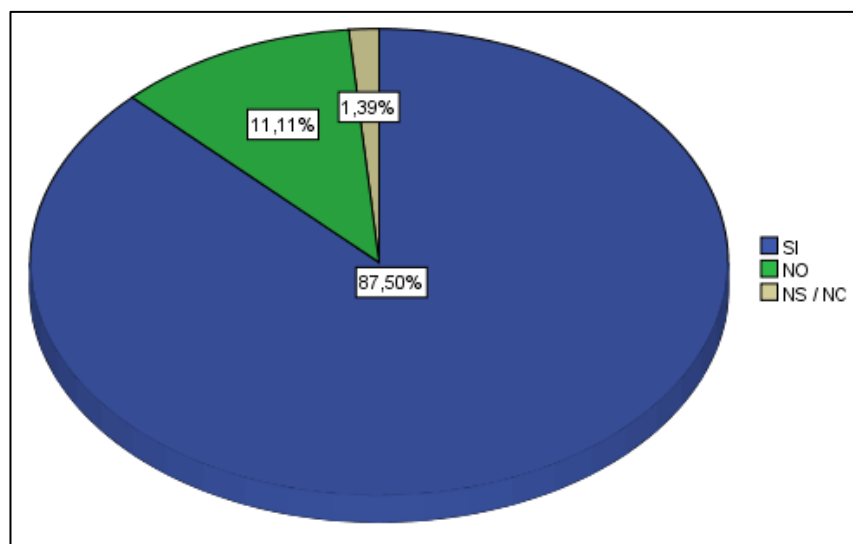


Gráfico N° 12. La solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho y la Indemnización por los daños ocasionados

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la

indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios sería considerar la Indemnización por los daños ocasionados que dependiendo del caso, podrían ser: al proyecto de vida y daño moral?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 88% indicaron que si creen en que se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios sería considerar la Indemnización por los daños ocasionados que dependiendo del caso, podrían ser: al proyecto de vida y daño moral), el 11% indico que no creen que se debería establecer un quantum indemnizatorio y el 1% no sabe no opina.

Tabla N° 13. El quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y el derecho del cónyuge perjudicado

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Totalmente de acuerdo	55	76,4	76,4	76,4
De acuerdo	16	22,2	22,2	98,6
NS / NC	1	1,4	1,4	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

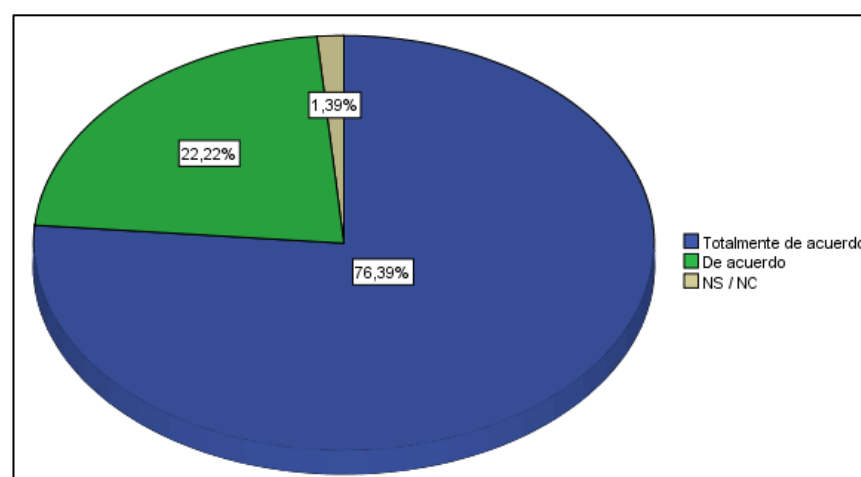


Gráfico N° 13. El quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y el derecho del cónyuge perjudicado

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Está de acuerdo Ud. que Al no estar establecido un quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 76% está totalmente de acuerdo en que al no estar establecido un quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado; el 22% indicaron estar de acuerdo y el 2% no sabe no opina.

4.3. HIPÓTESIS GENERAL:

Cuyo texto es el siguiente

“La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016”

Tabla N° 14. Las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y la afectación al proyecto de vida

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
SI	63	87,5	87,5	87,5
NO	6	8,3	8,3	95,8
NS / NC	3	4,2	4,2	100,0
Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

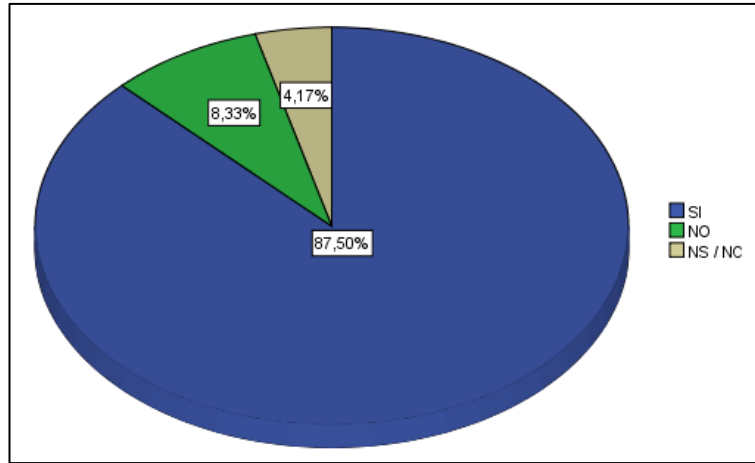


Gráfico N° 14. Las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y la afectación al proyecto de vida

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado, respecto a que se le afecta su proyecto de vida?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 88% indicaron que si creen que las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado, respecto a que se le afecta su proyecto de vida, el 8% indico que no creen y el 4% no sabe no opina.

Tabla N° 15. Las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y la inestabilidad económica

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válidos	SI	64	88,9	88,9
	NO	5	6,9	95,8
	NS / NC	3	4,2	100,0
	Total	72	100,0	100,0

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

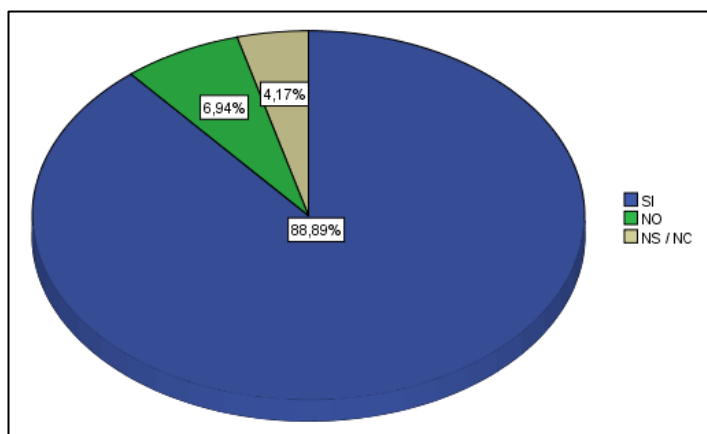


Gráfico N° 15. Las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y la inestabilidad económica

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Cree Ud. que las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado, respecto a que se le presenta una inestabilidad económica?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 89% indicaron que si creen que las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado, respecto a que se le presenta una inestabilidad económica, el 7% indico que no creen y el 4% no sabe no opina.

Tabla N° 16. La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo

		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válidos	Totalmente de acuerdo	38	52,8	52,8	52,8
	De acuerdo	25	34,7	34,7	87,5
	NS / NC	3	4,2	4,2	91,7
	Totalmente en desacuerdo	6	8,3	8,3	100,0
	Total	72	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada a los Abogados del CAJ el 15-12-2018

Elaborado por: la investigadora

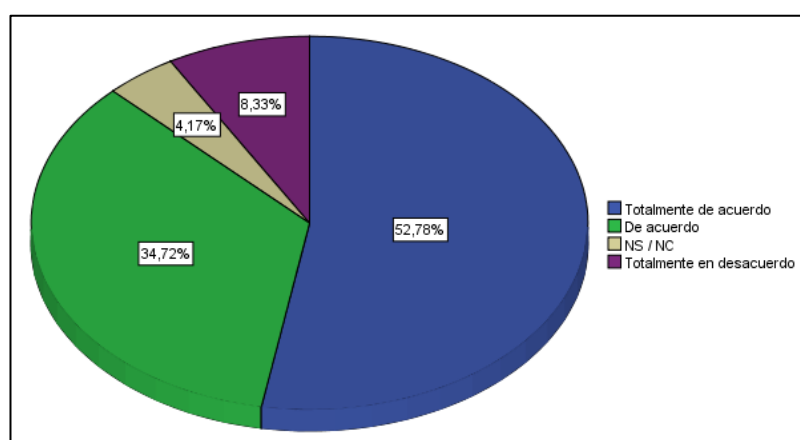


Gráfico N° 16. La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana y el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo

Al haber consultado a los integrantes de la muestra de investigación si ¿Está de acuerdo Ud. que La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo?, tal como se muestra en la tabla y gráfico de la parte superior, el 53% está totalmente de acuerdo en que La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado; el 35% indicaron estar de acuerdo, el 4% no sabe no opina y el 8% está totalmente en desacuerdo.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Cuyo texto es el siguiente:

“Al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado”.

En el marco del derecho constitucional podemos referirnos a los artículos 4° y 6° de la Constitución Política del Perú, permite inducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación: dado que está constituida por un padre una madre y los hijos y al aparecer en el mundo jurídico la figura del divorcio por causal de separación

de hecho tiene como consecuencia la generación de una indemnización respecto al cónyuge que demuestre en desencadenamiento de un daño y que legalmente está reconocido por la norma y por el tercer plenario casatorio civil pero existe una carencia de un criterio para fijar dicho monto indemnizatorio por lo que acarrea como consecuencia la afectación en los derechos del cónyuge perjudicado y que este monto que en la doctrina y en la jurisprudencia se encuentra en la deriva, puesto que ya no existe en dicha familia una simple unidad de convivencia más o menos estable, basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda pero en la realidad este hecho solo puede de alguna manera compensar al cónyuge que dicha relación fue afectada con este tipo de divorcio sería la parte de reconocer una indemnización pero no existe en la actualidad una base, un criterio donde los magistrados tengan de donde basarse sobre el monto, por tal razón tenemos indemnizaciones de diversos cantidades dinerarias.

Si buscamos en la ideología de los derechos humanos fue totalmente ajena a los derechos de la familia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no existe reseña alguna a inquietudes de orden familiar pero si tenemos en extenso la noción de libertad, igualdad, propiedad y seguridad entre otros; por ejemplo con lo que respecta al domicilio no es el lugar donde reside la familia sino aquel donde vive el hombre, y la mujer es ignorada por completo pero a lo largo de la historia se puede colegir que han aparecido instrumentos internacionales que han reconocido la importancia del matrimonio y el daño que ocasiona un divorcio en la sociedad, por lo que incluso en nuestro país no se encuentra apartado de esta evolución normativa

por lo que existe el reconocimiento de la indemnización pero no precisa el monto, la equivalencia que percibirá el cónyuge.

5.2 SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Cuyo texto es el siguiente

“Al no estar establecido en quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado”.

Se ha revisado las sentencias primera, segunda ya hasta las de tercera instancia y puede apreciar que el quantum enmarca la indemnización respecto a los pronunciamientos de los señores magistrados no guardan relación dado que no existe una idea clara de un porcentaje ni mucho menos un monto fijo o tener en cuenta situaciones jurídicas del cónyuge perjudicado o afectado con la consumación del divorcio por causal de separación de hecho en el Perú, de esta manera podemos fijarnos que existe una jurisprudencia totalmente variada en lo que respecta al monto e valoración de la indemnización, todo esto como consecuencia u mal manejo de la administración de justicia.

Por lo contrario, si hubiera una especie de tabla de reconocimiento de derechos y obligaciones a reconocer podíamos establecer un quantum que se equipararía claramente en la normativa. Otro problema que se demuestra cual importante es establecer el quantum también se establece en la jurisprudencia como se puede colegir en la casación N° 810-2016, puesto que dicho conflicto

jurídico al conocer la demanda de divorcio por causal e separación de hecho el cónyuge perjudicado incluso es rebelde en esta causa civil familia, en este caso el juez conoce la situación del cónyuge y del caso en si en la audiencia de pruebas en las que los dos participan pero en la conducción de todo el proceso el cónyuge perjudicado no se apersono y se le atribuyo como rebelde al proceso y el juez a pesar de ello le consigno sin conocer más afondo una indemnización, por ello en esta investigación se aporta el hecho de importancia de fijar pautas fijas en las que el magistrado debe tener en cuenta para emitir y reconocer dicha indemnización.

5.3 HIPÓTESIS GENERAL:

Cuyo texto es el siguiente

“La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016”.

La indemnización que nace del divorcio por causal de separación de hecho en el Perú es del reconocimiento del daño que es todo menoscabo que sufre una persona, en este caso el cónyuge perjudicado, por la falta de cumplimiento de los deberes, obligaciones y derechos que nace del matrimonio para ambos cónyuges. El daño o perjuicio que sufre el cónyuge, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Se entiende por daño al perjuicio que se ocasiona en la vida del cónyuge e incluso a la prole y este

reconocimiento se establece en la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano lo encontramos en el artículo 1317°, 1321° y 1331°.

Con respecto de la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, toda reclamación de daños y perjuicios venidos del matrimonio decaído en la causa civil familia, funde en un derecho inobjetable a exigirlos y requiere la prueba de su existencia que nace de los hechos u omisiones que hubo dentro del matrimonio. Para declarar la responsabilidad o el derecho de obtener una indemnización basta comprobarlo con los medios probatorios idóneos, la infracción de la obligación, o deber del cónyuge; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, todo cónyuge afectado se ve vulnerado su derecho cuando en la ciudad de Huancayo, en los diversos juzgados de familia y respecto a la Sala Civil Permanente que ve estos casos ya sea por el medio impugnatorio que se presentó o por consulta las decisiones judiciales perjudica dado al no existir en la normativa vigente el reconocimiento claramente establecido existe expedientes en la que el cónyuge perjudicado no ha recibido la valoración ni el reconocimiento de una indemnización y mucho menos a la prole que de por si al tener a sus padres separados y en conflicto jurídico por alimentos, tenencia, patria potestad entre otros derechos que vulneran al ser humano no son reconocidos. Lo que respecta, a la ciudad incontrastable podemos deducir que no existe una jurisprudencia clara e igualitaria respecto a la regulación de la indemnización en este tipo de divorcio.

5.4 PROPUESTA DE MODIFICATORIA DEL ARTICULO 345 -A DEL CÓDIGO CIVIL EN MERITO A LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA INVESTIGACIÓN.

“Artículo 345°-A.- Indemnización en caso de perjuicio Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333° el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes.

Deberá tenerse en cuenta los siguientes criterios para el reconocimiento de la indemnización:

- a) ” El cónyuge que tenga toda la carga familiar de los hijos desde antes de la demanda de divorcio por causal de separación de hecho.
- b) El cónyuge que por la carga familiar que afronta no ejerce al 100% su profesión u oficio.
- c) Los años de convivencia matrimonial mayores a 2 años o si existe por lo menos un hijo nacido en ese lapso.

Para fijar el monto de indemnización se deberá tener en cuenta cada uno de los criterios y la suma de cada uno de ellos incrementa el monto del mismo equivalente de un monto mínimo de diez mil soles y se incrementará el 10% por cada criterio demostrado con pruebas idónea.

Con respecto a los hijos deberá abonarse un porcentaje de 20% si los hubiera.

CONCLUSIONES

1. Es de real importancia la regulación pertinente sobre la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana actual, por cuanto el margen de afectación el derecho del cónyuge perjudicado cada día se va incrementando en la sociedad peruana trayendo como consecuencia la diversidad de tendencias por parte de los juristas de nuestro entorno jurídico.
2. Esta investigación tuvo como finalidad resaltar la existencia normativa sobre una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, pero con real incidencia en los derechos del cónyuge perjudicado que al analizar se puede colegir que casi siempre no son amparadas en su totalidad por los administradores de justicia.
3. La carencia del establecimiento respecto al quantum indemnizatorio dentro de la figura del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado por cuanto el reconocimiento en cada caso concreto es diferente a cada uno de ellos, puesto la inexistencia de la fijación de aquel monto por ley se estaría ante un hecho jurídico no claro de aplicación.

RECOMENDACIONES

1. La indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana debería normativizarse para evitar el margen de afectación el derecho del cónyuge perjudicado y este hecho traería consigo la igualdad de derechos de todo cónyuge que demuestre en un proceso su afectación conociendo de antemano el recogimiento del derecho vulnerado.
2. La imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana debería regularse gracias a un plenario porque este evento jurídico tendríamos la participación de los involucrados en la solución de dicho derecho vulnerado, de esta manera tendríamos la posición de magistrados, abogados, partes de un proceso y toda la sociedad civil que ayudarían a argumentar y precisar por puntos agravantes de esta incertidumbre jurídica.
3. Se debería establecer el quantum indemnizatorio dentro de la figura del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado por parte del legislador y con ello establecería los ítems establecidos para el reconocimiento en cada caso concreto, este acto debería estar consagrado en criterios que nacerían del estudio social, económico, etc. de la sociedad peruana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

1. Alfaro Valverde, Luis; "Análisis procesal del requisito" estar al día en la obligación alimentaria" para invocar la causal de separación de hecho", en Diálogo con la Jurisprudencia, vol.14, N° 124, Enero, Lima, 2009, págs. 201-208.
2. ALFARO VALVERDE, Luis, "Análisis jurisprudencial en torno a la indemnización derivada de la separación de hecho en el Perú", Primer Concurso de investigación jurídica de jurisprudencia nacional, en Academia de la Magistratura, Lima, Marzo, 2009, págs. 125-135.
3. ALFARO VALVERDE, Luis. La indemnización en la separación de hecho, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
4. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El Garantismo Procesal, edición Adrus, Arequipa, 2010.
5. ALVAREZ MAZU, Carlos, "Destino de las acciones de los cónyuges al divorciarse: Posición de la SMV (ex Conasev)", en revista Contadores & Empresas, N° 188, Agosto, Lima, 2012, págs. 62-64.
6. ARIAS SCHEREIBER, Max, Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, tomo 7, Derecho de Familia, 3° edición, con la colaboración de Ángela ARIAS SCHREIBER y Alex PLACIDO VILCACHAHUA, edición Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
7. BAQUERO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de familia y sucesiones, edición Harla S.A, México, 1994, pág. 52.

8. BUSNELLI- M.C. VITUCCI, Frantumi europei di famiglia, en Rivista di diritto civile, 2013.
9. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, “Tenencia y patria potestad: doctrina y jurisprudencia, tenencia de los hijos y régimen de visitas como atributos de la patria potestad. Aplicación del principio del interés superior del niño”, en revista Peruana de Jurisprudencia N° 20, volumen16, edición Normas Legales, Lima, 2002, págs. 20-23.
10. BUSTAMENTE OYAGUE, Emilia; en Código Civil Comentado, tomo 2, Primera Parte, Derecho de Familia., edición Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
11. CABALLERO PINTO, Henry; “La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho”. ¿Está en función del daño al proyecto de vida matrimonial o es necesario que se acredite la existencia de daños físicos o psicológicos?, en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, volumen N° 15, N° 138, Lima, Marzo, 2010, págs. 164-172.
12. CABELLO MATAMALA, Carmen Julia, El Divorcio y su Jurisprudencia en el Perú. Lima, Fondo Editorial Católica. 1999.
13. CALDERON GAMBOA; Jorge, “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”, Dirección URL: [fecha de consulta: 18 de abril de 2014].
14. CARDENAS QUIROS, Carlos, “Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984”, ed. Jurídicas, Lima, 1994.
CARRION LUGO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo 2, edición Grijley, Lima, 2000.

15. CASTILLO CORDOVA, Luis, Derechos fundamentales y procesos constitucionales, ed. Grijley, Lima, 2008.
16. CASTILLO FREYRE, Mario, Coord, Manuel Torres Carrasco; El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia: causales, proceso y garantías, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, págs. 53.
17. CESPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”, en Revista Chilena de Derecho, volumen N° 35, N° 3, 2008, págs. 439-462.
18. CHÁVEZ DE LA PEÑA, Verónica; Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, edición Ius Doctrina y Práctica, N° 11, Lima, noviembre, 2008.
19. CHÁVEZ ASECICIO Manuel. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. S.A, 4ta. Edición, México, 1993, pág.345.
20. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho de Familia Peruano, Gaceta Jurídica, Lima, 1999. CU PENSABE, Leonardo, Pensión alimenticia, resarcitoria para la mujer cuyo trabajo doméstico no fue remunerado durante el matrimonio, ed., Escuela Judicial del Estado de Campeche, México, junio, 2013.
21. CRUZ BERDEJO, José, Elementos de Derecho Civil IV. Familia, 2da. edición. revisada y puesta al día por Joaquín Ramos Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.

22. CHANG HERNANDEZ, Guillermo, "El daño moral y la apuesta por su presunción", en Gaceta Civil & Procesal Civil, t.7, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Enero, 2014, págs.129- 141.
23. DIARIO OFICIAL EL PERUANO, Ley N° 27495, publicado el 7 de julio del 2001, entrada en vigencia el 08 de julio del 2001.
24. DICCIONARIO de la Real Academia Española, acepciones 6 y 1. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON BALLESTEROS, Antonio; Sistema de Derecho Civil, tomo 4, edición Tecnos, Madrid, 2006.
25. DIAZ CACEDA, Joel, "Los conceptos de daño a la persona y el daño al proyecto de vida en las reparaciones por violaciones a los Derechos Humanos en el Perú", Tesis para optar título profesional de abogado- PUCP, Lima, 2004.
26. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la responsabilidad civil, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
27. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de Responsabilidad Civil, 5° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
28. EUGENIO CASTAÑEDA, Jorge, "Código Civil concordancias, y jurisprudencia de la Corte Suprema", 2da. Edición, Lima-Perú, 1910, Pág. 277.
29. FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales, edición Instituto Americano de Derechos Humanos, San José, 2004.
30. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas, edición Universidad de Lima, Lima, 1990.

31. FERNANDEZ SESSAREGO, “El proyecto de vida y los derechos fundamentales”, en Revista Jurídica del Perú, N° 35, Año, 12, Lima, 2002, págs. 55-65.
32. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. En Dike Portal de Información y Opinión Legal- Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, págs. 34-75.
33. GARCIA RAMIREZ, Sergio; “Las reparaciones en la Jurisprudencia de la CIDH”. Dirección URL: [fecha de consulta: 16 de abril de 2014].
34. GARCIA RUBIO, María, Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho, edición Civitas, Madrid, 1995.
35. GARCIA TOMA, Víctor, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, edición Palestra Editores, Lima, 2005.
36. GOZAINI, Osvaldo, Dirección URL, [fecha de consulta: 26 de abril de 2014].
HINOSTROZAMINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, vol.3, ed. Juristas Editores, Lima, 2010, pág. 55.
37. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, volumen 5, edición Jurista Editores, Lima, 2010.
38. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, volumen 6, edición Jurista Editores, Lima, 2010.
39. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, volumen 7, edición Juristas Editores, Lima, 2010.

40. LA CRUZ BERDEJO, José, Derecho de Familia, edición José María Bosh, Barcelona, 1989-1990.
41. LAGOMARSINO, Carlos y URIARTE, Jorge, Separación personal y divorcio, 2º edición. Universidad, Buenos Aires, 1997.
42. LA LANA DEL CASTILLO, Carlos, La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993.
43. LANDA ARROYO, César, El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República Tribunal Constitucional del Perú, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, volumen1, edición Colección de Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia, Academia de la Magistratura, Lima, 2012.
44. LASARTE ALVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNANDEZ, María del Rosario, en “Comentarios al art. 97, en Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil”, Coord, José LACRUZ BERDEJO, edición Civitas, Madrid, 1982.
45. LEON HILARIO, Leysser. La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas, ed. Normas Legales, Trujillo, 2004.
46. LEON HILARIO, Leysser. La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas, 2º edición Jurista Editores, Lima, 2007.
47. LEON HILARIO, Leysser; “¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio, de cómo el daño al proyecto de vida continúa inflando peligrosamente

- los resarcimientos!” en 56 Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 104, Año 12, Lima, Mayo, 2007, págs. 77-87.
48. MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”, en revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía la Ley, N° 5417, 2001, págs. 1373-1384.
49. MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, La obligación legal de alimentos entre parientes, edición La Ley, Madrid, 2002.
50. MAZZINGHI, Jorge; Derecho de Familia, tomo 3, edición Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1995-1998.
51. MEZA BARROS, Ramón, “Manual de Derecho de la Familia” Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
52. PERALTA ANDIA, Javier; Derecho de Familia en el Código Civil, 4°Ed. Idemsa, Lima-Perú, 2008, pág.371.
53. VALVERDE, EMILIO F. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano, Tomo I. Imprenta Ministerio de Guerra, LIMA-Perú, 1942.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: “LA RESPONSABILIDAD SUCESORAL PROBLEMÁTICA Y MODIFICATORIA DEL ART. 662 DEL CÓDIGO CIVIL”			
PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿De qué manera la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar la manera la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL:</p> <p>La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo, 2016.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>X: Regulación de la indemnización del divorcio.</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICOS	VARIABLE DEPENDIENTE
<p>A. ¿Cómo al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado?</p>	<p>A. Analizar como la imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado.</p>	<p>A. Al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado.</p>	<p>Y1: Proyecto de vida,</p> <p>Y2: Inestabilidad económica.</p> <p>Y3: Disposición de bienes dejados por el causante</p>
<p>B. ¿De qué manera al no estar establecido en quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado?</p>	<p>B. Determinar de qué manera al no estar establecido el quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado.</p>	<p>B. Al no estar establecido en quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado.</p>	

ENCUESTA

OBJETIVO: Conocer su opinión sobre la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana ya el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo.

INSTRUCCIONES: La presente encuesta es anónima y por favor leer cada una de las preguntas y responder con toda sinceridad marcando con una (X), una de las alternativas que se ajuste a la realidad.

1. ¿Tiene conocimiento Ud. que en la legislación civil peruana existe una regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho?

SI	
NO	
NS / NC	

2. ¿Cree Ud. que la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana posee **IMPRECISIONES O VACÍOS LEGALES**?

SI	
NO	
NS / NC	

3. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, uno de los criterios a considerar sería **Establecer un acuerdo económico entre los cónyuges para la separación**?

SI	
NO	
NS / NC	

4. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, otro de los criterios a considerar sería la **Estabilidad económica del cónyuge perjudicado**?

SI	
NO	
NS / NC	

5. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, otro de los criterios a considerar sería la **Estabilidad económica de los hijos perjudicados**?

SI	
NO	
NS / NC	

6. ¿Está de acuerdo Ud. que Al existir una imprecisión con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana incide en los derechos del cónyuge perjudicado?

Totalmente de acuerdo	
De acuerdo	
NS / NC	
En desacuerdo	
Totalmente en desacuerdo	

7. ¿Cree Ud. que en la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho existente en la legislación civil peruana **NO ESTÁ ESTABLECIDO UN QUANTUM** con respecto a la indemnización?

SI	
NO	
NS / NC	

8. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual uno de los criterios a considerar sería el tiempo de convivencia?

SI	
NO	
NS / NC	

9. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el número de hijos procreados?

SI	
NO	
NS / NC	

10. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el estado emocional del cónyuge?

SI	
NO	
NS / NC	

11. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios a considerar sería el estado de salud del cónyuge?

SI	
NO	
NS / NC	

12. ¿Cree Ud. que para la solución de las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho, se debería establecer un quantum indemnizatorio y para lo cual otro de los criterios sería considerar la **Indemnización por los daños ocasionados que dependiendo del caso, podrían ser: al proyecto de vida y daño moral**?

SI	
NO	
NS / NC	

13. ¿Está de acuerdo Ud. que Al no estar establecido un quantum con respecto a la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana afecta el derecho del cónyuge perjudicado?

Totalmente de acuerdo	
De acuerdo	
NS / NC	
En desacuerdo	
Totalmente en desacuerdo	

14. ¿Está de acuerdo Ud. que La regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado en la ciudad de Huancayo?

Totalmente de acuerdo	
De acuerdo	
NS / NC	
En desacuerdo	
Totalmente en desacuerdo	

15. ¿Cree Ud. que las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado, respecto a que se le afecta su proyecto de vida?

SI	
NO	
NS / NC	

16. ¿Cree Ud. que las imprecisiones de la regulación de la indemnización del divorcio por causal de separación de hecho en la legislación civil peruana, afecta el derecho del cónyuge perjudicado, respecto a que se le presenta una inestabilidad económica?

SI	
NO	
NS / NC	