



UNIVERSIDAD
**SAN IGNACIO
DE LOYOLA**

FACULTAD DE DERECHO

Carrera de Derecho

**INFORME DEL EXPEDIENTE N° 04083-2011-0-1801-JR-
FC-06**

**MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL
DEMANDANTE: GUTIERREZ SOTELO LUIS MIGUEL
DEMANDADO: NIEZEN ARIAS PATRICIA MARTHA /
MINISTERIO PÚBLICO**

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional
de Abogado**

MAYRA ALEJANDRA CASTILLO MALDONADO

**Lima – Perú
2021**

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	4
I. SÍNTESIS DEL PROCESO EN ETAPAS	5
1.1. Análisis crítico de las principales piezas procesales y de la forma como se han llevado en el proceso	5
1.1.1. Demanda, contestación de la demanda y saneamiento del proceso	5
1.1.2. Fijación de puntos controvertidos y calificación de los medios probatorios ..	7
1.1.3. Audiencia de pruebas	8
1.1.4. Sentencia	8
1.1.5. Apelación	9
1.1.6. Casación	10
1.2. Opinión crítica de las principales piezas del proceso	11
1.2.1. Opinión crítica respecto a la resolución emitida por el Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima	11
1.2.2. Opinión crítica respecto a la resolución emitida por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima	13
1.2.3. Opinión crítica respecto a la resolución emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	14
II. MARCO TEÓRICO	15
2.1. Antecedentes legislativos	15
2.2. Marco legal	17
2.3. Análisis doctrinario de las figuras jurídicas presentes en el expediente y afines 19	
2.3.1. Divorcio remedio en la separación de hecho	19
2.3.2. Elementos para la configuración de la causal de separación de hecho	22
2.3.3. La indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho antes del Tercer Pleno Casatorio Civil	23
2.3.4. Declaratoria de rebeldía en el proceso	25
III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	25
3.1. Jurisprudencia nacional	25
3.1.1. Jurisprudencia nacional sobre la causal de separación de hecho de los cónyuges ..	25
3.1.2. Jurisprudencia nacional sobre pensión de alimentos para el cónyuge	27
3.1.3. Jurisprudencia nacional sobre la indemnización al cónyuge más perjudicado	28

3.2. Jurisprudencia extranjera.....32

CONCLUSIONES.....34

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS35

PRESENTACIÓN

El expediente materia del presente Trabajo de Suficiencia Profesional contiene la síntesis del proceso de demanda de divorcio por la causal de separación de hecho por un periodo ininterrumpido mayor de cuatro años dividido en etapas como la presentación de la demanda, la fijación de puntos controvertidos, la audiencia de pruebas, la sentencia, la apelación y la casación.

Dicha demanda fue presentada por Luis Miguel Gutierrez Sotelo contra su cónyuge Patricia Martha Niezen Arias ante el Juez de Familia de la Corte Superior de Lima y estuvo sujeto a la vía procesal de conocimiento, conforme lo establecido en el Código Procesal Civil.

Posteriormente, la autora del presente informe analizará y brindará la opinión crítica respecto a las resoluciones emitidas por el Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Además, presentará doctrina extranjera y nacional para el análisis de figuras jurídicas como el divorcio remedio en la separación de hecho, los elementos para la configuración de la causal de separación de hecho y la indemnización al cónyuge perjudicado antes y después del Tercer Pleno Casatorio Civil.

Finalmente, analizará la jurisprudencia nacional respecto a las figuras jurídicas antes mencionadas y las comparará con las decisiones adoptadas por los jueces de las instancias del proceso.

I. SÍNTESIS DEL PROCESO EN ETAPAS

1.1. Análisis crítico de las principales piezas procesales y de la forma como se han llevado en el proceso

1.1.1. Demanda, contestación de la demanda y saneamiento del proceso

El 08 de abril de 2011, Luis Miguel Gutierrez Sotelo interpuso demanda de divorcio por la causal separación de hecho por periodo ininterrumpido mayor de 4 años contra quien fue su cónyuge, Patricia Martha Niezen Arias, al amparo del numeral 12 del artículo 333° y del artículo 349° del Código Civil.

Al respecto, los fundamentos de hecho de la demanda expusieron que el demandante tenía un hijo menor de edad con la demandada, quien padece de autismo y se encuentra bajo la patria potestad de ambas partes.

Además, el demandante acreditó mediante copia simple de la constancia policial que se apartó del hogar conyugal el 05 de agosto de 2005 y declaró que ambas partes se encontraban de acuerdo con la separación, por lo que pusieron fin a la sociedad de gananciales mediante la suscripción de una minuta de “Sustitución de Régimen Patrimonial y Liquidación de Bienes Gananciales por el de Separación de Patrimonios” acreditado mediante copia simple del Testimonio de Escritura Pública N° 778.

En la minuta, las partes acordaron la adquisición a título gratuito a favor del demandante de un automóvil valorizado en \$ 6,000.00 (seis mil dólares americanos) y la adquisición a título gratuito a favor de la demandada de un departamento y un estacionamiento valorizados en \$ 60,000.00 (sesenta mil dólares americanos). Sin embargo, el demandante sostuvo que dicho acuerdo voluntario constituía una adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal prevista en el artículo 345-A° del Código Civil a favor de la demanda.

Finalmente, el demandante sostuvo que cumplía con el pago de las obligaciones alimentarias, requisito indispensable para la admisión de la demanda de divorcio por causal de separación de hecho y declaró la existencia de un acuerdo extrajudicial sobre la tenencia y el régimen de visitas de su menor hijo, por lo que no serían materia de la demanda.

El 01 de abril de 2011, la demandada contestó la demanda allanándose a la pretensión de divorcio presentada en su contra.

El 01 de junio de 2011, la demandada puso en conocimiento del juez la existencia del Acta de Conciliación de fecha 31 de mayo de 2011, en el cual las partes acordaron que el demandante otorgaría una pensión mensual de alimentos del 50% del total líquido o neto de sus ingresos incluyendo el concepto de gasolina a favor de su menor hijo.

El 06 de junio de 2011, el Juez del Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 2 declaró improcedente el allanamiento presentado el 01 de junio de 2011 porque la materia en litigio comprendía derechos indisponibles y ordenó la continuación del proceso.

El 15 de junio de 2011, la Fiscal Provincial Titular de la Sexta Fiscalía Provincial de Familia de Lima, como parte del proceso en defensa de la familia, contestó la demanda alegando que se debía acreditar que el demandante se encontraba al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hubieren sido pactadas entre los cónyuges de mutuo acuerdo. Además, emitió opinión respecto a la acreditación del periodo ininterrumpido de separación entre las partes.

El 11 de julio de 2011, el Juez del Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución número cinco, resolvió tener por contestada la demanda en Rebeldía por parte de Patricia Martha Niezen Arias. Así también, resolvió que no se presentaron excepciones, defensas previas, ni otros medios de defensa y determinó la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes. En ese sentido, el Juez declaró saneado el

proceso conforme el artículo 468° del Código Procesal Civil y dispuso notificar a las partes procesales el plazo de tres días para la propuesta de los puntos controvertidos.

1.1.2. Fijación de puntos controvertidos y calificación de los medios probatorios

El 22 de julio de 2011, el demandante propuso como único punto controvertido el determinar el transcurso de los cuatro años de separación ininterrumpida entre el suscrito y su cónyuge. Además, reiteró la existencia del Acta de Conciliación N° 223-2011 referente a la tenencia, el régimen de visitas y la pensión de alimentos. En ese sentido, acordaron renunciar a demandarse por pensión de alimentos, pagar mensualmente el 43% del total de sus ingresos por concepto de pensión de alimentos y concertaron la tenencia y custodia absoluta de su menor hijo a cargo de la demandada.

También, reiteró la existencia de un acuerdo de Separación de Patrimonios para la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad a favor de la demandada.

El 25 de julio de 2011, la demandada propuso los siguientes puntos controvertidos. Primero, determinar el monto indemnizatorio a su favor como cónyuge perjudicada por la separación. Segundo, determinar el monto de la pensión alimenticia a su favor. Tercero, establecer si el demandante tuvo razones justificadoras para el abandono del hogar conyugal.

El 05 de octubre de 2011, el Juez del Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 10, fijó los puntos controvertidos del proceso aceptando lo propuesto por el demandante y denegando los propuestos por la demandada toda vez que, fue declarada en rebeldía.

El juez fijó como puntos controvertidos determinar la configuración de la causal de separación de hecho de los cónyuges por un periodo ininterrumpido de cuatro años y determinar la existencia del cónyuge perjudicado para otorgar una indemnización, conforme al precedente judicial vinculante fijado en la Casación N° 4664-2010-Puno de fecha 18 de marzo de 2011.

Además, el juez calificó los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitió sólo las pruebas del demandante. Sin embargo, las pruebas resultaban insuficientes por lo que, dispuso pruebas de oficio como entrevistas personales, exámenes psicológicos y exámenes psiquiátricos a las partes procesales.

Por último, el juez señaló como fecha de la Audiencia de Prueba el 07 de diciembre de 2011 a las 11:30 a.m.

1.1.3. Audiencia de pruebas

El 07 de diciembre de 2011, el Juez del Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima inició la actuación de los medios probatorios con la entrevista de las partes procesales. En primer lugar, la demandada fue entrevistada y respondió sobre el abandono del hogar del demandante, el pago de la pensión de alimentos temporal y el trastorno de bipolaridad supuestamente causada por la separación.

Por otro lado, el demandante alegó haber cumplido con sus obligaciones alimentarias y reconoció haber resarcido a la demandada por el daño sufrido con la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal probada mediante la minuta de “Sustitución de Régimen Patrimonial y Liquidación de Bienes Gananciales por el de Separación de Patrimonios”.

1.1.4. Sentencia

El 14 de diciembre de 2012, la Jueza del Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 19, sentenció fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho presentada por Luis Miguel Gutierrez Sotelo, disolviendo el vínculo matrimonial entre las partes procesales. Además, fijó una pensión alimenticia a favor de la demandada del 8% de las remuneraciones percibidas por el demandante.

La decisión de la Jueza para disolver el vínculo matrimonial por la causal de separación de hecho responde a la tesis de divorcio-remedio, toda vez que el

matrimonio ya no cumplía con la finalidad por la que fue constituida, sin importar si las causas de dicha separación fueran imputables a algunas de las partes. También, determinó el cumplimiento de los tres elementos de la separación de hecho como el elemento material (separación corporal), el elemento psicológico (ánimo de separación) y el elemento temporal (más de cuatro años de separación).

Por otro lado, identificó a la demandada como la parte perjudicada por la separación evidenciada mediante las pericias psiquiátricas y psicológicas, pero no fijó una indemnización a su favor porque el demandado adjudicó preferentemente acciones y derechos respecto de un inmueble cumpliéndose de esa forma la finalidad de compensar el daño causado.

Finalmente, la Jueza estableció el pago de una pensión de alimentos a favor de la demandada debido al estado de necesidad en el que se encontraría por la separación.

1.1.5. Apelación

El 16 de enero de 2013, Patricia Martha Niezen Arias interpuso recurso de apelación con efecto suspensivo contra la Resolución N° 19 de 14 de diciembre de 2012. La demandada argumentó la falta de pronunciamiento de la Jueza, al no fijar una indemnización al cónyuge perjudicado por la separación y solicitó precisar que el porcentaje de pensión de alimentos otorgado a su favor comprenda todos los ingresos del demandante.

En consecuencia, solicitó una indemnización de \$ 100,000.00 dólares americanos y el pago del 17% de las remuneraciones y todos los ingresos del demandante.

El 17 de enero de 2013, Luis Miguel Gutierrez Sotelo interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 19 de 14 de diciembre de 2012, en el extremo que fijaba una pensión alimenticia para la demandada del 8% de sus remuneraciones. El demandante argumentó la falta de acreditación del estado de

necesidad de la demandada y alegó la existencia de un compromiso de no reclamarse la prestación de alimentos.

El 17 de abril de 2013, Patricia Martha Niezen Arias absolvió el recurso de apelación interpuesto por Luis Miguel Gutierrez Sotelo sosteniendo que el derecho a solicitar la pensión de alimentos es irrenunciable.

El 18 de abril de 2013, el demandante absolvió el recurso de apelación interpuesta por Patricia Martha Niezen Arias.

El 01 de agosto de 2013, la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima aprobó la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2012 que declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho.

En consecuencia, disolvió el vínculo matrimonial contraído entre Luis Miguel Gutierrez Sotelo y Patricia Martha Niezen Arias el 24 de octubre de 1996 ante la Municipalidad de Surco, provincia y departamento de Lima y confirmó la pensión de alimentos otorgada a favor de la demandada del 8% de las remuneraciones y el total de ingresos que el demandante perciba.

1.1.6. Casación

El 04 de octubre de 2013, Patricia Martha Niezen Arias interpuso recurso de casación contra la sentencia de fecha 01 de agosto de 2013, mediante la cual se aprobó la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2012, habiéndose omitido fijar una indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho entre las partes procesales.

El 04 de noviembre de 2013, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró admisible el recurso de casación interpuesto por la demandada al cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 387 del Código Procesal Civil y declaró su procedencia al cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 388 del Código Procesal Civil.

Al respecto, la demandada señaló la infracción normativa del 345-A del Código Civil al haberse desconocido su condición de cónyuge perjudicada por la

separación y la infracción normativa del artículo 139 numeral 5 de la Constitución Política del Perú por la falta de motivación escrita de la resolución judicial.

Por último, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 391 del Código Procesal Civil, fijó oportunamente la fecha para la vista de la causa.

El 21 de mayo de 2014, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió la Casación 3999-2013/LIMA declarando fundado el recurso de casación interpuesto por Patricia Martha Niezen Arias y revocando la sentencia apelada el 14 de diciembre de 2012.

El Supremo Tribunal estimó que la adjudicación preferente de los bienes conyugales referido en el artículo 345-A del Código Civil se encuentra bajo la potestad del Juez del proceso de divorcio. En ese sentido, la finalidad del mutuo acuerdo de separación y división de los bienes conyugales celebrada entre las partes no implicó la adjudicación preferente de bienes a favor del cónyuge perjudicado porque no tuvo por finalidad el resarcimiento del daño causado.

1.2. Opinión crítica de las principales piezas del proceso

1.2.1. Opinión crítica respecto a la resolución emitida por el Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima

El 14 de diciembre de 2012, la jueza del Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentenció fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho presentada por Luis Miguel Gutierrez Sotelo.

La jueza disolvió el vínculo matrimonial entre las partes procesales, fijó una pensión alimenticia a favor de la demandada del 8% de las remuneraciones percibidas por el demandante y declaró a la demandada como la cónyuge perjudicada por la separación de hecho sin otorgarle una indemnización, pese a que el artículo 345-A del Código Civil peruano establece que el juez debe fijar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

En primer lugar, la jueza debió fijar alguno de los dos supuestos antes mencionados, pero determinó que la demandada ya había sido compensada por el demandante mediante la suscripción de una minuta de “Sustitución de Régimen Patrimonial y Liquidación de Bienes Gananciales por el de Separación de Patrimonios”, celebrada por las partes antes del inicio del proceso de divorcio.

La jueza no examinó el objetivo de las partes al momento de celebrar la minuta, siendo esta la liquidación de la sociedad conyugal y no la compensación del desequilibrio económico del cónyuge perjudicado, objetivo del artículo 345-A del Código Civil.

Era importante tener en cuenta que, la demandada sufriría la desestabilización de su proyecto de vida con la disolución del vínculo matrimonial al momento de fijar el monto de la indemnización. Por ejemplo, ella ya no gozaría del seguro médico de la Marina de Guerra del Perú que le correspondía como esposa de un Oficial de dicha institución y no podría continuar con el tratamiento del trastorno de bipolaridad que padecía producto de la separación.

Por lo tanto, la jueza interpretó de forma incorrecta lo establecido en el artículo 345-A del Código Civil y omitió su pronunciamiento respecto al monto de indemnización asignable a la demandada.

Por otro lado, la jueza determinó asignar una pensión de alimentos para la demandada debido al estado de necesidad en el que se encontraba, pese a que no fue solicitado, toda vez que el artículo 345-A del Código Civil también la facultaba para otorgar una pensión de alimentos al cónyuge perjudicado pese que por regla general el deber de dar alimentos recae entre cónyuges

Además, la jueza en ejercicio de su función tuitiva estimó otorgarle una pensión alimenticia a la demandada dado su imposibilidad de trabajar al dedicarse al exclusivo cuidado de su menor hijo que padece de autismo y que ha sido acreditado en el proceso. La pensión de alimentos es otorgada para asegurar la subsistencia de la persona, ya que el derecho a los alimentos está estrechamente conectado al derecho a la vida.

En ese sentido, la jueza interpretó correctamente la aplicación de dicho artículo y veló por la seguridad económica de la demandada y de su menor hijo.

1.2.2. Opinión crítica respecto a la resolución emitida por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima

El 01 de agosto de 2013, la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución N° 6, aprobó la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2012 que declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho.

En consecuencia, disolvió el vínculo matrimonial contraído entre Luis Miguel Gutierrez Sotelo y Patricia Martha Niezen Arias el 24 de octubre de 1996 y confirmó la pensión de alimentos otorgada a favor de la demandada del 8% de las remuneraciones y el total de ingresos que el demandante percibía, pero no hubo pronunciamiento respecto al otorgamiento de una indemnización a la demandada quien fue reconocida en primera instancia como la cónyuge perjudicada por la separación de hecho.

En el fundamento Décimo Tercero y Décimo Cuarto de dicha resolución, el juez señala que la naturaleza jurídica de la acción por indemnización en los casos de divorcio por separación de hecho deriva de los daños ocasionados por el quebrantamiento de los deberes conyugales y filiales regulados en los artículos 287 y 288 del Código Civil que son la obligación mutua de alimentar y educar a los hijos, así como la fidelidad y la asistencia.

Al analizar lo actuado, concluye que el demandante cumplió con su responsabilidad de padre, no abandonó su hogar, por lo tanto no puede considerarse a la demandada como cónyuge perjudicada por la separación porque no le es atribuible al demandante la culpa de la enfermedad que padece su hijo. También, sostiene que no se acreditó la relación de causalidad entre la enfermedad de bipolaridad que padece la demandada con los hechos que motivaron la separación.

Para ésta autora, la resolución N° 6 realiza adecuadamente la síntesis de lo actuado en el proceso y del contenido de los autos emitidos por el tribunal competente; sin embargo, el juez no ha fundamentado con claridad la naturaleza jurídica de la indemnización al cónyuge perjudicado por la separación establecido en el artículo 345-A.

En primer lugar, el divorcio por causal de separación sigue la doctrina del divorcio-remedio y no la de divorcio-sanción, tal y como se señala en el Tercer Pleno Casatorio Civil. En ese sentido, la indemnización en los casos de divorcio por separación de hecho no deriva de los daños ocasionados por el quebrantamiento de los deberes conyugales y filiales porque no existe un cónyuge culpable, sino tiene la finalidad de mitigar el desequilibrio económico causado al cónyuge que es perjudicado en la separación y velar por su estabilidad.

Por último, la naturaleza jurídica de la indemnización establecida en el artículo 345-A del Código Civil peruano no debería ser tratada como una indemnización en un proceso de responsabilidad civil contractual en donde es necesario probar la relación de causalidad entre el supuesto hecho y el daño generado por la acción, tal y como lo señala el juez en la resolución materia del presente análisis.

En ese sentido, la naturaleza jurídica de la indemnización en éste caso se fundamenta en la estabilidad económica que debe gozar la madre y su hijo y en la equidad y la solidaridad familiar, de acuerdo al precedente vinculante establecido en la Casación N° 4664-2010/PUNO, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de mayo de 2011.

1.2.3. Opinión crítica respecto a la resolución emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

El 04 de noviembre de 2013, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró admisible y procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada al cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 387 y 388 del Código Procesal Civil.

La demandada argumentó la incidencia de una infracción normativa del 345-A del Código Civil por parte del juez de la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, al haberle desconocido su condición de cónyuge perjudicada por la separación y una infracción normativa del artículo 139 numeral 5 de la Constitución Política del Perú por la falta de motivación escrita de la resolución judicial.

El 21 de mayo de 2014, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió la Casación 3999-2013/LIMA, declarando fundando el recurso de casación interpuesto por Patricia Martha Niezen Arias otorgándole una indemnización de S/ 10,000.00 y revocando la resolución N° 6 de la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En el Séptimo considerando de dicho documento, el juez interpreta correctamente la naturaleza jurídica de la indemnización planteada en el artículo 345-A del Código Civil peruano y señala que esta figura jurídica no necesita cumplir con la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común que son la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

La autora del presente informe concuerda con lo esgrimido por el juez respecto a la necesidad de identificar al cónyuge más perjudicado por la separación e indemnizarlo por los daños causados por dicho evento. Para ello, el juez debe identificar la gravedad del daño y su origen sin la necesidad de atribuir el daño a alguno de los cónyuges, toda vez que el divorcio por causal de separación de hecho sigue la doctrina de divorcio-remedio y no divorcio-sanción.

Además, analizar la afectación emocional de la demandada quien no podría ejercer su profesión y tendría menores posibilidades para volver a formar una familia, debido a que debe dedicar todo su tiempo al cuidado de su menor hijo.

Para esta autora, el juez realizó una interpretación y argumentación muy acertada del artículo 345-A del Código Civil peruano, en defensa de la estabilidad emocional y económica de la demandada y de su menor hijo, ya que no sólo analizó aspectos generales como la distribución de los bienes de la sociedad conyugal sino el difícil estado emocional que afrontó la demandada al destruirse su plan de vida anhelado cuando el demandante se retiró del hogar.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes legislativos

La Constitución Política del Perú de 1993 garantiza la protección del Estado especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También, protege a la familia y promueven el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Además, señala la existencia de causas de separación y de disolución que son reguladas por la ley.

El divorcio fue contemplado en el artículo 192 del Código Civil Peruano de 1852, como la separación de quienes habían contraído matrimonio, más no su desvinculación matrimonial debido a la fuerte influencia religiosa.

El Tratado de Montevideo de 1889, ratificado por Perú en el mismo año, establecía la separación de cuerpos podía ser solicitada ante el juez competente si se habían cumplido los requisitos de fondo y forma en cualquiera de los países firmantes del tratado y los tribunales peruanos estaban obligados a reconocer y ejecutar el fallo extranjero.

Posteriormente, en Perú mediante los Decretos Leyes N° 6889 y 6890 en 1930, se estableció el matrimonio civil obligatorio y el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento.

Luego, la Ley N° 7894 en 1934 permitió el mutuo disenso como una causal de divorcio y se mantuvo en el Código Civil de 1936. De esa forma, el ordenamiento jurídico civil en el Perú iba deshaciéndose de la influencia canónica e iba adaptándose al contexto social.

Después, la promulgación del Código Civil de 1984 mantuvo las causales de divorcio de su antecesor hasta el año 2001 que mediante Ley N° 27495 se incorporó la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años y de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, en nuestro sistema civil.

El sustento principal para la aprobación de dicha ley fue la necesidad de legislar causal que permitiera a los cónyuges ejercer su libertad de divorciarse sin que exista un culpable al que sancionar por el término del matrimonio. Los cónyuges dejaban de tener una vida en común por decisión mutua o por la decisión de uno

de ellos por incompatibilidad de caracteres o por la falta de amor. Por lo tanto, la Ley N° 27495 permitiría que el sistema civil peruano incluyera en su ordenamiento la doctrina del divorcio-remedio. Los cónyuges podrían remediar su situación civil, toda vez que ya no viven juntos ni actúan como un matrimonio y volver a formar una familia si así lo deseasen.

Así también, dicha ley incorporó el artículo 345-A que exige que el demandante de la causal antes expuesta, se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo y previo a la fijación por parte del juez de una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

2.2. Marco legal

La legislación vigente aplicable al caso materia de análisis es el artículo 333 numeral 12 y el artículo 345 – A del Código Civil incorporados mediante el artículo 2 y el artículo 4 de la Ley N° 27495, publicado el 7 de julio 2001 en el Diario Oficial El Peruano.

En primer lugar, el artículo 333 numeral 12 describe lo siguiente:

*“Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:
(...)*

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

La demanda de divorcio por causal de separación de hecho se presenta ante el juzgado de familia y el proceso correspondiente a la materia es el de conocimiento. De acuerdo al Tercer Acuerdo Plenario, pertenece al denominado

divorcio remedio que no busca encontrar un cónyuge culpable sino remediar la situación civil del demandante para continuar con su vida o iniciar una nueva situación familiar.

En el expediente materia de análisis, las partes procesales se habían separado por más de cinco años acreditado mediante la constancia policial de abandono del hogar conyugal. Además, ambas partes habían hecho manifiesto en la pericia psicológica su deseo de no continuar con la convivencia desde que el demandante dejó el hogar conyugal. De esa forma, la causal de separación de hecho fue motivada mediante la verificación de la existencia del elemento material que implica la separación física de los esposos, el elemento psicológico que implica el sentimiento de terminar con la relación y el elemento temporal que implica el tiempo que permanecieron separados.

Por otro lado, el artículo 345-A describe lo siguiente:

“Artículo 345-A.- (...)

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.”

Los artículos antes citados establecen requisitos de temporalidad de la separación de cuerpos y el cumplimiento del demandante de las obligaciones alimentarias u otras pactadas entre los cónyuges para poder demandar. Así también, permite al juez la fijación de una indemnización al cónyuge más perjudicado por la separación con la finalidad de mantener su equilibrio económico y la determinación de una pensión alimenticia a favor del excónyuge en estado de necesidad.

En el caso materia de análisis, la demanda fue presentada en 2011 y las sentencias de primera, segunda y tercera instancia fueron resueltas en 2012, 2013 y 2014 respectivamente. En dichos años ya se encontraba vigente la Ley N° 27495 y hasta la actualidad no ha habido una evolución legislativa respecto a los artículos aplicados al caso desde el año 2001 en que se incorporó al sistema jurídico civil dicha norma.

2.3. Análisis doctrinario de las figuras jurídicas presentes en el expediente y afines

2.3.1. Divorcio remedio en la separación de hecho

En la doctrina extranjera se encuentran posiciones opuestas respecto a la inclusión del divorcio remedio en el ordenamiento. Por un lado, Savatier (1950) ha señalado que la separación de hecho es una avasalladora embestida ha llevado en contra del derecho causado por la realidad de los matrimonios.

También, Mazzinghi (1998), autor argentino con una posición conservadora, señala que, la separación de hecho contiene un error. Él sostiene que la postura de los autores extranjeros falla al considerar al vínculo conyugal como una unión libre que debe durar lo que ambos cónyuges quieran que así sea. (Mazzinghi, 1998)

Los autores antes citados mantienen una postura contraria a la doctrina del divorcio remedio, debido a que en la época en la que sustentaron sus ideas resultaba muy liberal la disolución de un sacramento como el matrimonio, concebido así por el derecho canónico.

Por otro lado, Bénabent (2003) sostiene que, la doctrina francesa, la separación de cuerpos es un debilitamiento del matrimonio autorizado por un juez para que los cónyuges puedan vivir separados. Ello, existía en el derecho antiguo francés y actuaba en lugar del divorcio como una solución práctica para que el vínculo matrimonial no se disuelva y no afectar la doctrina del derecho canónico respecto a la indisolubilidad del matrimonio. En efecto, la separación de cuerpos es

compatible con la doctrina católica y es concebida como “el divorcio de los católicos”. (Bénabent, 2003)

Para Morillas (2008), autor español, en el divorcio remedio se tendría que acreditar, no sólo la voluntad de los cónyuges sino, la existencia de una crisis matrimonial. Tal y como sucede en Austria, donde el divorcio puede ser solicitado por los cónyuges y haber declarado mutuamente el deseo de no continuar con el matrimonio sólo si, la convivencia conyugal tuvo lugar seis meses antes. (Morillas, 2008)

Ahora bien, en la doctrina nacional se encuentra la postura de Varsi (2011) que sostiene, existen circunstancias “sobrevinientes” a la celebración del matrimonio que debilitan la relación conyugal hasta el punto de disolverla; tal y como ocurre con los supuestos de invalidez de matrimonio, las causales de decaimiento y disolución conyugal son taxativas. (Varsi, Tratado de derecho de familia. Matrimonio y uniones estables, 2011)

Así también, Aguilar (2016) sostiene que, la separación de cuerpos implica que los cónyuges no cumplan con la finalidad del matrimonio de llevar una vida en común, pero, deja abierta la posibilidad de reconciliación ya que, no pone fin al vínculo matrimonial. Sin embargo, dada la situación por la que atraviesan los cónyuges, se hace recomendable la separación, pues de lo contrario se agravarían los conflictos con grave perjuicio para ellos y los hijos. (Aguilar, 2016)

De acuerdo con Chiabra (2013) Es importante señalar que, la separación de hecho a diferencia del abandono injustificado puede ser invocada por cualquier cónyuge incluso por el que se retiró del hogar conyugal, conforme con lo establecido en el Código Civil respecto a la alegación de hecho propio. Otra diferencia entre dichas figuras jurídicas es la necesidad de acreditar la existencia de domicilio conyugal para alegar el abandono injustificado que no es necesario al accionar la causal de separación de hecho. (Chiabra, 2013)

Al respecto, Varsi (2011) afirma que, la causal de separación de hecho en nuestro sistema jurídico ofrece especiales y singulares mecanismos de protección a favor

del cónyuge más perjudicado por dicha separación. Éste debe probar que la separación demandada lo ha puesto en una situación desfavorable. Por ello, la causal de separación de hecho en el Código peruano cuenta con un especial tratamiento que lo diferencia del Derecho comparado. (Varsi, Tratado de derecho de familia. Matrimonio y uniones estables, 2011)

El divorcio en el Código Civil peruano representa la reivindicación de la corriente de frustración del matrimonio, al combinar las cualidades del divorcio remedio y del divorcio sanción, el primero para el supuesto en que la vida en común deviene insostenible; y el segundo porque enfatiza el carácter objetivo de la doctrina de la frustración del matrimonio que distribuye la carga entre los cónyuges que deviene la disolución del vínculo matrimonial. En adición, de acuerdo a la jurisprudencia, la causal de separación de hecho pertenece a la doctrina del divorcio remedio, pues tiene como finalidad el dar solución a un hecho problemático en la sociedad conyugal.

Es importante resaltar que mediante la Ley N° 27495 se incorporó al Código Civil en 2001, la causal de separación de hecho al artículo 333 por lo que, en el periodo previo a dicha norma, las causales de divorcio remedio fueron establecidas taxativamente en nuestra normatividad sin la necesidad de una evaluación del juez de los hechos que generaron el quebrantamiento del matrimonio. Por ello, tradicionalmente la situación objetiva ha sido prevista en la ley como divorcio remedio, de acuerdo con Quispe (2002). También, Umpire (2001) sostiene que las causales subjetivas señaladas en el artículo 333 del Código Civil son las enumeradas del 1 al 10 y las causales objetivas únicamente son la imposibilidad de hacer vida en común, la separación de hecho y la separación convencional. (Quispe, 2002) (Umpire, 2001)

Desde la posición de esta autora, la causal de divorcio por separación de hecho en el ordenamiento jurídico peruano corresponde a la doctrina del divorcio remedio toda vez que, los cónyuges tácitamente decidieron, mediante su alejamiento, ponerle fin al vínculo matrimonial que los une. Por lo tanto, el cónyuge que demanda el divorcio por dicha causal acude al tribunal para que el Juez reconozca legalmente que la separación es definitiva e intencionada.

2.3.2. Elementos para la configuración de la causal de separación de hecho

Conforme a lo establecido en el Código Civil peruano, la separación de hecho es el cese de la convivencia acordado por ambos cónyuges o realizada por uno de ellos con la finalidad de interrumpir definitiva o indefinidamente la vida en común.

También, se entiende como el hecho de que los cónyuges sin la decisión de un juez rompen el deber de cohabitación de forma permanente, sin incurrir en alguna causa justificada alguna para que se les imponga tal separación, ya sea por decisión de uno o de ambos cónyuges.

Así también, Mallqui y Momethiano (2001) sostiene que la separación de hecho es una situación en la que los cónyuges viven separados e independientemente el uno del otro, sin que el matrimonio haya sido disuelto legalmente. (Mallqui & Momethiano, 2001)

Por otro lado, algunos autores como La Cruz, Rivero de Arhancet, Ramos y Morales (1990) sostuvieron que el simple alejamiento físico de los cónyuges no implica el cese efectivo de la convivencia conyugal. Ello solamente es la manifestación material de la separación. Por tanto, le otorgaron mayor énfasis al elemento subjetivo de la separación de hecho que es, el animus, la intención de interrumpir la vida en común. (Cruz, Arhancet, Ramos, & Morales, 1990)

En ese sentido, Plácido (2004) también sostuvo que para que se configure la separación de hecho debe cumplirse con dos elementos. El primero es el objetivo o material, que se hace evidente por el quebrantamiento definitivo y permanente de la convivencia. El segundo elemento es el subjetivo o psíquico, determinado por la intención de los cónyuges de no continuar viviendo juntos. (Plácido, La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, 2004)

También, Cabello (2001) propuso la conjunción de tres elementos para la configuración de la separación de hecho. El primero es el elemento objetivo, que

implica la separación de los cónyuges incumpliendo con la cohabitación. El segundo es el elemento subjetivo o intencional, que implica la intención de interrumpir el matrimonio y es propuesto debido a que nuestra legislación establece en su tercera disposición complementaria el supuesto de improcedencia, cuando el apartamiento físico de los cónyuges se produce por razones laborales. (Cabello, 2001)

Por último, el autor propone el elemento temporal, que conforme a lo establecido en el numeral 12 del artículo 333° del Código Civil, la separación de hecho se debe prolongar de modo ininterrumpido por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

Para la motivación de la decisión del expediente materia de estudio, el juez consideró los tres elementos antes descritos para la configuración de la causal de separación de hecho. Esta autora considera que es indispensable determinar la conjunción de dichos elementos para conceder el divorcio al demandante con mayor énfasis en el elemento subjetivo, toda vez que es necesario evitar disolver un matrimonio en que los cónyuges no están totalmente seguros de su decisión y las consecuencias podrían tener negativos en sus hijos. Por ello, el juez debe determinar que la separación de los cónyuges tiene la firme decisión de ponerle fin al vínculo matrimonial.

2.3.3. La indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho antes del Tercer Pleno Casatorio Civil

Algunos autores, antes del Tercer Pleno Casatorio Civil dado en 2010, sostenían que la indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho equivalía a responsabilidad civil y por tanto debía probarse el nexo causal. Por ejemplo, Plácido (2004) sostenía que era un hecho tipificado de responsabilidad civil familiar provocado por la conducta del cónyuge que motivó la separación. (Plácido, La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, 2004)

Así también, Osterling y Castillo (2003) sostenían que debido a la existencia de la responsabilidad de unos de los cónyuges era viable la admisión de una demanda por daños y perjuicios en la que el juez determinaría la existencia de la responsabilidad civil del demandado o demandante. (Osterling & Castillo, 2003)

Por otro lado, autores como León (2007) advertían que el artículo 345-A del Código Civil no regulaba un supuesto de responsabilidad civil debido a que la separación de los cónyuges no podría conllevar a una obligación resarcitoria, a pesar de que, por su naturaleza causara más daño a uno de los cónyuges. Él sostenía que el artículo antes mencionado hacía referencia a una obligación indemnizatoria si es que no se optaba por la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. (León, 2007)

Posteriormente, con la emisión del Tercer Pleno Casatorio en 2010, se concluyó que la indemnización contenida en el artículo 345-A del Código Civil no configuraba responsabilidad civil, sino que era una figura jurídica que procuraba velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En ese sentido, el mismo artículo establece que la indemnización no es únicamente monetaria, sino que se puede optar por la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

Desde el punto de vista de esta autora, la indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho es una figura jurídica especial en nuestro sistema civil que no puede considerarse como responsabilidad civil porque la causal de divorcio de separación de hecho sigue la teoría del divorcio remedio. Es decir, no debe determinarse un cónyuge culpable y, por ende, ninguno será responsable del divorcio. Dicho artículo establece que será el juez quien, valorando el caso, determine si uno de los cónyuges, tras la separación, se perjudicaría económicamente en sentido estricto.

Por ejemplo, en el expediente materia de estudio, el juez valoró que la demandada percibiría una indemnización monetaria porque a causa del divorcio perdería el seguro médico con el que trataba su enfermedad de trastorno de

bipolaridad y no tenía la posibilidad de trabajar al encontrarse al cuidado de su menor hijo que padecía de autismo.

2.3.4. Declaratoria de rebeldía en el proceso

En el expediente materia de análisis, la demandada fue declarada en rebeldía por contestar la demanda fuera del plazo establecido, posteriormente el Juez no tuvo por ofrecidas las pruebas presentadas por ella debido al estado procesal en el que se encontraba. Sin embargo, el Juez solicitó pruebas de oficio como pericias psicológicas y psiquiátricas a ambas partes para verificar lo alegado por la demandada.

Lo antes expuesto difiere con lo que Plácido (1997) sostiene respecto a la rebeldía en el proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal. Dicho autor planteaba que la declaración de rebeldía no limita al demandado a ofrecer pruebas sobre los hechos alegados por la parte demandante. (Plácido, Ensayos de Derecho de Familia. El código procesal civil y los procesos de separación de cuerpos y del divorcio por causal, 1997)

Desde la perspectiva de esta autora, la declaratoria de rebeldía fue estrictamente legal, conforme lo establecido en el Código Procesal peruano. Al respecto, concuerda con la decisión del juez de no admitir las pruebas ofrecidas por la demandada.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1. Jurisprudencia nacional

3.1.1. Jurisprudencia nacional sobre la causal de separación de hecho de los cónyuges

- a) Casación N° 4161-2013/La Libertad del 19 de agosto de 2014. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(…) Cuando se demanda divorcio por separación de hecho, que corresponde al régimen de divorcio “remedio” y se reconviene por causal

de abandono injustificado del hogar conyugal, que concierne al divorcio “sanción”, ambas no pueden ser fundadas, dada su naturaleza y consecuencias disímiles, por lo que se evidencia incongruencia en la sentencia recurrida. (...)”

- b) Casación N° 3470-2016/Lima del 16 de mayo de 201. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(...) Son tres los elementos que en forma copulativa se deben dar para que configure la causal en revisión: a) objetivo o material, que consiste en el alejamiento físico o separación corporal, por voluntad expresa o tácita, de uno o de ambos consortes, entendida como la abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales; b) subjetivo o psíquico, consistente en la falta de voluntad de uno o de ambos cónyuges de continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común; sin que ésta se produzca por una necesidad jurídica impuesta o circunstancia justificadora; y c) temporal, se configura por el transcurso ininterrumpido de un período mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia de los cónyuges, siendo el plazo de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores y cuatro si los hubiera (...)”

La jurisprudencia presentada concuerda con la posición doctrinal, el divorcio por separación de hecho sigue la corriente de divorcio remedio y con lo establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil toda vez que, es necesaria la conjunción del elemento objetivo, subjetivo y temporal para determinarse dicha causal.

También, dichos criterios fueron aplicados en el presente caso por la jueza del Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima en la sentencia que declaraba fundada la disolución del vínculo matrimonial entre las partes procesales y fueron ratificados por los jueces de las instancias superiores.

3.1.2. Jurisprudencia nacional sobre pensión de alimentos para el cónyuge

- a) Casación N° 238-2006/Lambayeque del 31 de julio de 2006. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“ Que la pensión alimenticia a que hace referencia el segunda párrafo del artículo 345-A precitado, es procedente si se acredita fehacientemente el estado de necesidad del cónyuge que lo solicita, en atención que la norma establece una facultad dirigida al juez, facultad que necesariamente debe desprenderse de la prueba actuada en el proceso y no constituye un deber del juez de señalar necesariamente y de manera automática por el sólo hecho de solicitarlo, sin evaluarse los presupuestos necesarios para su procedencia(...).”

- b) Casación N° 3679-2011/Lima Norte del 15 de enero de 2013. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(...) 5. Se advierte del segundo párrafo del artículo 350 del Código Civil, que únicamente puede solicitar la asignación de una pensión alimenticia, el cónyuge inocente, más no el culpable, siempre que se acredite que carece de bienes propios o de gananciales suficientes, se encuentre imposibilitado de trabajar o de cubrir sus propias necesidades. (...)”

- c) Casación N° 3342-2014/Del Santa

“(...) SÉTIMO. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo, teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo 350 del Código Civil, considera que debe cesar la obligación alimentaria entre marido y mujer porque no se presentan ninguna de las dos excepciones que dicha norma establece: (i) divorcio por culpa y carencia de bienes del otro; y (ii) estado de indigencia. (...)”

La jurisprudencia presentada concuerda en que la asignación de una pensión alimenticia al cónyuge inocente es una excepción a la obligación de alimentos entre cónyuges. Es decir, el divorcio disuelve todas las obligaciones entre los cónyuges excepto la asignación alimentaria al excónyuge inocente por encontrarse en una situación de indigencia o estado de necesidad o porque se encuentra imposibilitado para cubrir sus propias necesidades.

En el expediente materia de análisis del presente informe, la juez de primera instancia fue quien asignó una pensión de alimentos a la demandada aunque esa no fue su pretensión, debido a que se encontraba a que ella se encontraba a cargo de la tenencia y custodia de su menor hijo quien padecía de autismo. Por ello, la demandada debía dedicar todo su tiempo al cuidado de su hijo y no podía ejercer su profesión de abogada ni trabajar para subencionar sus propios gastos.

3.1.3. Jurisprudencia nacional sobre la indemnización al cónyuge más perjudicado

- a) Casación N° 3116-2005/Cono Norte del 04 de julio de 2006. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“Que, interpretado dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable: de modo tal que, en procesos como el de autos ‘los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio; debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación preferente- (...). Que, en consecuencia, como se podrá concluir, la obligación de fijar el monto indemnizatorio es extensiva a todos los jueces del Perú, sin reparar en la instancia donde se encuentra el expediente, al ser una mandato taxativamente descrito en la ley”

- b) Casación N° 2178-2005/Lima del 13 de marzo de 2007. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“Que, por último, conforme se razona del artículo 345°-A del Código Civil, si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación, a efectos de fijar una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio, y en el entendido que si bien es función inalienable del Estado el velar por la familia dentro de un contexto de empoderamiento integral, esto es, propender a una vida digna, con iguales oportunidades y derechos para las partes, en especial de la mujer, al ser quien por lo general, resulta ser la parte más perjudicada con la ruptura del vínculo matrimonial.”

- c) Casación N° 4664-2010/Puno del 18 de marzo de 2011. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(…) 2. En los procesos sobre divorcio – y de separación de cuerpos – por la causal de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. (…)

3. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El juez apreciará, en el caso concreto, si se ha

establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y de dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes. (...)

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar. (...)”

- d) Casación N° 241-2009/Cajamarca del 31 de mayo de 2010. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(...)en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333o inciso 12 del Código Civil, modificado por la Ley No 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivo la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, por el cónyuge ejerció violencia provocando la salida del hogar matrimonial, entre otros.(...)”

- e) Casación N° 1859-2009/LIMA del 20 de octubre de 2009. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(...) El artículo 345-A del Código Civil conlleva a que el juzgador determine obligatoriamente sobre la existencia de un cónyuge perjudicado, conforme su apreciación de los medios probatorios en cada caso concreto, así como su consecuente deber, de existir tal perjuicio, de fijar una indemnización a cargo de la parte afectada u ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos. (...)”

- f) Casación N° 5060-2011/Huara del 14 de noviembre de 2012. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(...) En principio, no es presupuesto sine quanon de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio por esta causal, tenga o no culpa – en sentido amplio – cualquiera de los cónyuges, y aun en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante, ello puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación preferente de bienes. (...)”

- g) Casación N° 1448-2012/Lima de 16 de abril de 2013. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(...) En los procesos de divorcio por separación de hecho el monto de la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil debe ser fijada únicamente cuando se demuestra quien es el cónyuge perjudicado. (...)”

- h) Casación N° 4602-2013/Amazonas del 02 de mayo de 2016. (Publicado en el Diario Oficial El Peruano)

“(…) 4.4. Que, tal indemnización por supuesto, no es una que opere por el propio hecho del divorcio, sino que exige la presencia de daño cierto y probado; aunque en el presente caso, como se ha señalado en el párrafo precedente, por omisión propia de la recurrente, no ha habido ofrecimiento probatorio, no es menos cierto que la separación conyugal permite colegir que la impugnante sufrió perjuicios de orden moral y económico, que amerita la fijación de un monto por indemnización. (…)”

La jurisprudencia presentada establece que el Juez debe identificar al cónyuge más perjudicado por la separación y fijar una indemnización monetaria o adjudicarle preferentemente los bienes gananciales después de haberse probado que éste haya sufrido perjuicios. Además, el Juez debe velar por mantener la estabilidad económica del cónyuge perjudicado si éste es responsable del cuidado de los hijos y si ha quedado evidenciado una situación económica desventajosa.

En la Casación emitida en el expediente materia de análisis, el juez supremo fue quien fijó el monto de indemnización para la demandada, debido a que la juez de primera instancia se limitó sólo a identificarla como la cónyuge más perjudicada.

Al respecto, la postura del juez supremo concuerda con la jurisprudencia respecto a la valoración que deben otorgarle al daño sufrido sin la necesidad de atribuirle la culpa al otro cónyuge, sino con la finalidad de mitigar los perjuicios por la ruptura del vínculo matrimonial.

3.2. Jurisprudencia extranjera

- a) Boletín judicial N° 939-1989/República Dominicana del 17 de febrero de 1989. (Publicado en el boletín Judicial N° 939)

“1. (...) Cuando se trata de una demanda de divorcio por incompatibilidad de caracteres, la suprema corte de justicia debe ser puesta en condiciones de verificar si los hechos revisten o no la gravedad y la magnitud suficiente, susceptibles de causar la infelicidad de los cónyuges y ser motivo de perturbación social (...).”

“2. (...) Los jueces del fondo no han indicado en su decisión, los hechos de los cuales a su juicio no se desprende la prueba de la infelicidad de los cónyuges y la perturbación social; que en presencia de la generalidad, imprecisión, insuficiencia y vaguedad de los motivos que contiene el fallo impugnado, no permiten reconocer si dicha decisión está fundada en derecho, ...y por consiguiente, no pone a la suprema corte de justicia en funciones de corte de casación en condiciones de ejercer su derecho de control para determinar si en la especie se ha hecho una correcta aplicación de la ley; que en consecuencia es procedente casar el fallo impugnado por falta de base legal, sin que sea necesario ponderar los demás medios del recurso (...).”

La jurisprudencia extranjera referente a la causal de divorcio por separación de hecho e indemnización al cónyuge perjudicado es escasa, debido al tratamiento especial que le otorga el Código Civil peruano a esta figura jurídica en relación al Derecho comparado. En ese sentido, la jurisprudencia presentada versa sobre la la decisión de parte de uno de los cónyuges de no continuar con el matrimonio por falta de armonía en el matrimonio.

Dicha jurisprudencia guarda relación con la finalidad que tuvo el legislador peruano al incorporar la causal de separación de hecho en la legislación peruana. Esto es, la necesidad de remediar la situación legal en la que se encontraban los cónyuges que ya no hacían una vida en común ni cumplían con la finalidad del matrimonio.

CONCLUSIONES

1. La demandada fue calificada como la cónyuge perjudicada por la separación de hecho y obtuvo una indemnización conforme el artículo 345-A del Código Civil peruano. La motivación de la sentencia fue la inestabilidad económica que padecía a causa de la separación como la imposibilidad de continuar con su tratamiento del trastorno de bipolaridad en la clínica de la Marina del Perú, la imposibilidad de trabajar ejerciendo su profesión de abogada debido al cuidado permanente que le ofrecía a su menor hijo que padecía de autismo y el daño emocional que sufrió al truncarse su proyecto de vida.
2. El divorcio por la causal de separación de hecho sigue la corriente de la doctrina de divorcio remedio, ya que no existe un cónyuge culpable de la separación, sino que busca formalizar un hecho y otorgarle el estado civil que les corresponde a los cónyuges involucrados en el proceso, debido al incumplimiento de la finalidad del matrimonio de llevar una vida en común llena de amor.
3. La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en la concurrencia del elemento psicológico (ánimo de separación), el elemento material (separación corporal) y el elemento temporal (más de cuatro años) para la configuración de la causal de divorcio por separación de hecho.
4. El juez a cargo del proceso de divorcio por causal de separación de hecho que identificara un cónyuge más perjudicado debe asignarle una indemnización monetaria o la adjudicación preferente de los bienes gananciales y velar por la protección de la estabilidad familiar. Asimismo, la asignación de la pensión alimenticia al cónyuge perjudicado debe ser otorgable, si del análisis del juez se desprende que este se encuentra en estado de necesidad o estuviera imposibilitado de trabajar para sustentar sus propias necesidades.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aguilar, B. (2016). *Tratado de derecho de familia*. Lima: Editorial Lex & Iuris.
- Bénabent, A. (2003). *Droit civil. La famille*. Paris: Éditions du Juris- Classeur.
- Cabello, C. J. (2001). *Las nuevas causales de divorcio en discusión: ¿Divorcio remedio en el Perú?* Obtenido de Poder Judicial Del Perú: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0964740046d47140a1c4a144013c2be7/nuevas_causales_divorcio+C+4.+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0964740046d47140a1c4a144013c2be7
- Chiabra, M. C. (2013). *La separación de hecho como causal alternativa de divorcio en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cruz, L., Arhancet, R. d., Ramos, & Morales. (1990). *Derecho de Familia*. Barcelona: Editorial Bosch.
- García, D. (2014). *Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio, a la luz del tercer pleno Casatorio Civil*. Piura, Perú: Tesis de pregrado en Derecho Universidad de Piura. Facultad de Derecho.
- León, L. (2007). ¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el "daño al proyecto de vida" continúa inflando peligrosamente los resarcimientos. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 12(104). Obtenido de <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Leon.pdf>
- Mallqui, & Momethiano. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Mazzinghi, J. A. (1998). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma.
- Morillas, M. (2008). *El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del Código Civil*. España: Tesis para optar el grado de doctor. Universidad de Granada.
- Muro, M., & Rebaza, A. (2015). *Código Civil Comentado. Primera Parte. Derecho de Familia*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Osterling, F., & Castillo, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones. Vols. XVI, Tomo XII*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Plácido, A. (1997). *Ensayos de Derecho de Familia. El código procesal civil y los procesos de separación de cuerpos y del divorcio por causal*. Lima: Editorial Rodhas. Obtenido de http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art43.PDF

- Plácido, A. (2004). La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*(67).
- Quispe, D. P. (2002). *Nuevo régimen familiar peruano*. Cuzco: Editorial Cultural Cuzco.
- Savatier, R. (1950). *El realismo y el idealismo en el derecho civil de hoy*. París: Editorial Biblioteca General de la ley y la jurisprudencia.
- Umpire, E. (2001). *El divorcio y sus causales*. Lima: Editorial LEJ.
- Varsi, E. (2007). *Divorcio y separación de cuerpos*. Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia. Matrimonio y uniones estables*. Lima: Gaceta Jurídica