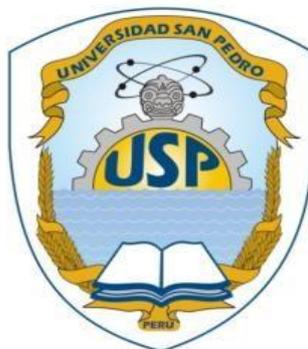


# **UNIVERSIDAD SAN PEDRO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**ESCUELA ACADÈMICA PROFESIONAL DE DERECHO**



## **El divorcio en la doctrina**

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

**Autor:**

**Blas Vallejos, Carlos Alberto**

**Asesor**

**Cabanillas Sulca, Javier Clemente**

**HUACHO – PERU**

**2018**



**AGRADECIMIENTO ESPECIAL A MI FAMILIA;  
POR EL APOYO INCONDICIONAL Y LA  
CONFIANZA BRINDADA.**

## PRESENTACION

Sobre el divorcio y sus causales, la primera dificultad que se tuvo que enfrentar en el debate legislativo fue la de calificarla jurídicamente, porque precisamente se caracteriza por no estar determinado por los jurisprudencia y doctrinarios en la especialidad de familia.

Las diferentes iniciativas legislativas presentadas, cuando calificaban al divorcio, consideraban sólo el aspecto objetivo para su configuración; esto es, el hecho mismo de la causal, sin analizar el motivo de su origen. Ello pareciera comprobarse, también, de la sola lectura de los incisos 1º al 12º del artículo 333 del Código Civil. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y uniforme “para efectos de la aplicación de las causales no solo se considera la tipicidad de las causales sino la parte subjetiva es decir la intención, la mala fe del conyugue infractor .

De esta manera, se confirma que el fundamento no es sólo objetivo; sino que además, y cuando sea alegado, debe analizarse si mediaron causas no imputables (cumplimiento de un deber de función, traslado laboral, enfermedad, etc.) a los cónyuges, que motivaron divorcio por causales. Ejemplo, si, por el contrario, mediaron causas imputables a uno de los cónyuges (abandono injustificado, impedir el ingreso al domicilio conyugal, violencia doméstica, etc.), ellas servirán para identificar al consorte perjudicado y establecer las medidas de protección de su estabilidad económica y, en su caso, la de sus hijos.

En consecuencia, nuestra legislación se aparta de aquellos sistemas jurídicos que se refieren sólo al aspecto objetivo. Por ello, las iniciativas legislativas así presentadas fueron denominadas como de promoción de un divorcio “automático”.

En ese sentido, dos son los elementos ineludibles en todo divorcio y así se ha determinado en la doctrina. Es decir el objetivo (sin solución de continuidad) y subjetivo (falta de voluntad continuidad con la relación conyugal).

**Palabras Claves:**

|              |                     |
|--------------|---------------------|
| Tema         | Divorcio y Doctrina |
| Especialidad | Derecho de Familia  |

**Keywords:**

|           |                      |
|-----------|----------------------|
| Text      | Divorce and Doctrine |
| Specialty | Family right         |

## INDICE GENERAL

|                     |     |
|---------------------|-----|
| Caratula            |     |
| Dedicatoria.....    | ii  |
| Presentación.....   | iii |
| Índice General..... | iv  |

## EL DIVORCIO EN LA DOCTRINA

|                   |   |
|-------------------|---|
| Introducción..... | 1 |
|-------------------|---|

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

|  |   |
|--|---|
| 1.1. Evolución de la separación de hecho en nuestro sistema jurídico.                | 2 |
| 1.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil..... | 2 |
| 1.2.1. Proyecto de Ley.....  | 3 |
| 1.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, período 2000-2001.....                    | 3 |
| 1.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495.....                                   | 4 |

### 2. MARCO TEÓRICO

|  |    |
|--|----|
| 2.1. Etimología.....   | 6  |
| 2.2. El divorcio en el Código Civil.....                     | 6  |
| 2.3. Clases de divorcio.....                                 | 7  |
| 2.3.1. Divorcio sanción.....                                 | 7  |
| 2.3.2. Divorcio remedio.....                                 | 8  |
| 2.4. Causales de divorcio.....                               | 10 |
| 2.5. Concepto de la causal de separación de hecho.....       | 12 |
| 2.6. Naturaleza jurídica de esta causal.....                 | 12 |
| 2.7. Elementos o requisitos configurativos de la causal..... | 13 |

|  |           |
|--|-----------|
| 2.7.1. Elemento material.....  | 13        |
| 2.7.2. Elemento psicológico.....   | 14        |
| 2.7.3. Elemento temporal.....  | 15        |
| 2.8. Diferencia con otras causales.....  | 15        |
| 2.8.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.....   | 16        |
| 2.8.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común.....   | 17        |
| 2.9. Efectos legales.....  | 17        |
| 2.10. La indemnización en el divorcio por separación de hecho.....   | 19        |
| 2.11. El Tribunal Constitucional adicionó un supuesto al Tercer Pleno<br>Casatorio que el PJ había descuidado..... | 21        |
| <b>3. LEGISLACIÓN NACIONAL.....</b>  | <b>22</b> |
| <b>4. JURISPRUDENCIAS Y PRECEDENTE VINCULANTE... ..</b>  | <b>24</b> |
| <b>5. DERECHO COMPARADO</b>  |           |
| 5.1. Legislación inglesa.....  | 33        |
| 5.2. Legislación española.....   | 34        |
| 5.3. Legislación ecuatoriana.....  | 35        |
| 5.4. Legislación argentina.....  | 36        |
| Conclusiones.....  | 38        |
| Recomendaciones.....   | 39        |
| Resumen.....   | 40        |
| Referencias bibliográficas.....  | 41        |
| <b>ANEXOS.....</b>   | <b>43</b> |
| 1. Caso práctico expediente N° 1192-2016 AREQUIPA  |           |
| 2. Proyecto de Sentencia CAS N° 2612-2017-LIMA   |           |
| 3. Análisis del caso   |           |

## INTRODUCCIÓN

EL marco constitucional sobre el matrimonio y el divorcio determina la competencia exclusiva de la ley civil para regular estos institutos. Resulta, de esta manera, definido, a nivel constitucional, que la regulación del matrimonio corresponde a la ley civil, como exclusivo y obligatorio; y que también es de competencia exclusiva de la ley civil determinar los casos por los que se produce su disolución.

Se trata de un régimen civil exclusivo que sólo atribuye valor jurídico al matrimonio celebrado ante la autoridad designada por ley, dentro del cual es perfectamente lógico que las causas de divorcio establecidas por la doctrina matrimonial sean también reservadas a la ley.

El anotado régimen constitucional sobre el matrimonio y el divorcio no es incompatible con el reconocimiento que hace el Estado a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, por lo que le presta su colaboración; por cuanto, en el mismo artículo 50 de la Constitución de 1993 y en concordancia con la libertad de religión, el Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas. Vale decir, la vigencia del único y obligatorio régimen civil sobre el matrimonio y el divorcio, guarda concordancia y consecuencia con el reconocimiento de la libertad de cultos. Ello concuerda con lo prescrito en el artículo 360 del Código Civil, según el cual las disposiciones de la ley sobre el divorcio no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone por doctrina.

Finalmente, en el presente trabajo se busca dar a conocer las formas de extinción del vínculo matrimonial en forma legal y equitativa específicamente en el divorcio por causales; para tal fin se desarrolló desde el punto de vista doctrinario su evolución histórica, el marco teórico, la legislación, la jurisprudencia, el derecho comparado, dando las conclusiones y recomendaciones y finalmente se adjuntó un caso práctico y correspondiente proyecto de sentencia que complementa a la doctrina desarrollada en el marco teórico.

**El autor**

## **1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

### **1.1. Evolución de la separación de hecho en nuestro sistema jurídico**

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado malicioso), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

### **1.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil**

La causal de divorcio (y de separación de cuerpos) por separación de hecho es incorporada a nuestro sistema civil a través de la Ley 27495, publicada el 07 de julio del 2001, luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. Veamos:

### **1.2.1. Proyecto de Ley**

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985 (Varsi Rospigliosi Enrique, 2004. p.41)

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR51), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley N<sup>ros</sup>. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

### **1.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, período 2000-2001**

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR,

565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

### **1.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495.**

La Autógrafa del Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de la República fue remitido al Presidente Constitucional de la República Valentín Paniagua Corazao, quien no cumplió con promulgarla dentro del plazo constitucional, por lo que en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso ordenó que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, siendo numerada como Ley 27495 y publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de julio del 2001.

La Ley en comento 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 hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones

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, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (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 mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte 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 le pudiera corresponder, siendo 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 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo<sup>52</sup>. 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 ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

Este supuesto configura lo que la doctrina a denominado una excepción al principio de irretroactividad de la ley, la misma que se presenta en los siguientes casos: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4) en los supuestos de disposiciones de carácter

complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica.

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza (2005) señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería "(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: '[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio.

## **2.- MARCO TEORICO**

### **2.1. Etimología**

La palabra divorcio, etimológicamente deriva del término latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado. Otros, aseveran a su vez que procede de *divorto* o *divertis* que equivale a separarse, disgregarse.

### **2.2. El divorcio en el Código Civil**

Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

### **2.3. Clases de divorcio.**

La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio "absoluto" del divorcio "relativo", según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

#### **2.3.1. Divorcio sanción.**

Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges -o a ambos- como responsable 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 valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

"La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables" (Quispe Salsavilca, David, 2002, pp.73-75).

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón (2001) han señalado que: "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 el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan

incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares".

### **2.3.2. Divorcio remedio.**

Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó.

Con alguna razón se sostiene que "el simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio" (Sánchez Hernández Ángel, 2005, p.136); de allí que se ha dado a denominarla como la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio (Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. p. 116). Ante tal perspectiva, el mismo autor sub clasifica al divorcio remedio en:

**A.** Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

**B.** Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador

(*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*).

A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatória alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio ( Belluscio Augusto César, 2004, p. 426 ).

La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni (2004) cuando señalan acertadamente que: "Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges" (pp.330-332)

#### **2.4. Causales de divorcio**

Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial (Placido Vilcachagua Alex, 2008, pp. 15-19). Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos.

Las causales detalladas en los incisos **1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción**, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni (2002) repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen "conductas antijurídicas" que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aun tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: "La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su imputabilidad al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la culpabilidad (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas dolosas, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente culposos, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de animus iniuriandi, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor" (pp 76).

Por su parte, las causales referidas en los incisos **12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio**, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico *se adscribe a un modelo mixto* en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

### **2.5. Concepto de la causal de separación de hecho**

Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: "La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos" (Azpiri, Jorge O. 2000, p.256)

También se asevera que la separación de hecho es "(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, 1978, p. 3).

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como:"(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos".

### **2.6. Naturaleza jurídica de esta causal**

La naturaleza jurídica de la causal, prima facie, es la de ser una causal **objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común** en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en **razones laborales**. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a

la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los **hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización** y el monto a resarcir.

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no sólo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

### **2.7. Elementos o requisitos configurativos de la causal.**

Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: material, psicológico y temporal.

#### **2.7.1. Elemento material.**

Está configurado por el hecho mismo de la **separación corporal** de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común. Sin embargo, Chávez de la Peña, Verónica. (Noviembre, 2008) explica que por diversas razones puede ocurrir -básicamente económicas- los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como "no habitar bajo un mismo techo", sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales.

### 2.7.2. Elemento psicológico

Se presenta este elemento cuando **no existe voluntad** alguna en los cónyuges -sea de ambos o de uno de ellos- para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca (2002) refiere que: "(...) no se configura la causal cuando el *Corpus separationis* se produce como resultado de una actividad -la laboral- que indirectamente revela la presencia de una  *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la  *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente" (p.110).

En el mismo sentido Plácido Vilcachagua (2008) señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges

fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros (p.48).

En la misma línea de argumentación Zannoni (2002) estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges.

Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse.

### **2.7.3. Elemento temporal**

Está configurado por la acreditación de un **periodo mínimo de separación** entre los cónyuges: **dos años** si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar 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 motivan (Zannoni, 2002, Tomo 1, pp. 95-96).

### **2.8. Diferencia con otras causales**

Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin

alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculporias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

### **2.8.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal**

Eduardo A. Zannoni (2002), en su tomo 2, pp. 98-99 indica que esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que -por el contrario- para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias.

### **2.8.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común**

Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos (Hinostroza Mínguez Alberto, 2007, p. 82). Mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador (Quispe Salsavilca, David Percy, 2002, pp. 119-122). Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

### **2.9. Efectos legales**

Mangione Muro, Mirta Hebe (2000) afirma que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

El primer efecto o consecuencia -común a todas las causales- es el de la **disolución o rompimiento del vínculo matrimonial** y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345- A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o

sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, "(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares" (Plácido Vilcachagua, Alex F. 2008, p. 51)

Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

**A.** El establecimiento de **una indemnización por daños**, incluyendo el daño personal, o la **adjudicación preferente de bienes** de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

**B.** La **pensión de alimentos** que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que 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".

La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

**a)** **Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales** (artículo 323), sin

olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324)

b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).

c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343).

En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá -por remisión del artículo 355 del Código Civil- además los siguientes efectos:

a) **Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación** por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340).

b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341).

## **2.10. La indemnización en el divorcio por separación de hecho**

Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que

motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia del III pleno casatorio civil (Exp. 4664-2010-Puno) nos interesa desarrollar brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no sólo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal.

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio Aparicio Auñón (Octubre, 1999) sostiene que "(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales".

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, como las pruebas, las presunciones y los indicios,

que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el quantum indemnizatorio.

### **2.11. El Tribunal Constitucional adicionó un supuesto al Tercer Pleno Casatorio que el PJ había descuidado**

LaLey.pe (13 mayo 2015) narra que el cónyuge que no muestre interés en expresar que existió perjuicio a su persona tras la separación de hecho no debería estar sujeto a la indemnización económica. Este criterio, recientemente publicado por el Tribunal Constitucional ha complementado de alguna forma el Tercer Pleno Casatorio que la Corte Suprema emitió el 2011. A fin de esclarecer esta idea, el referido diario conversó con Benjamín Aguilar, civilista experto en Derecho de Familia.

¿Por qué siempre debe proceder la indemnización por daño moral en casos de separación de hecho? Hasta hace poco, la mayoría de jueces interpretaban que el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema dejaba implícito este criterio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha determinado mediante una sentencia vinculante –que bien podría complementar lo dispuesto por el Tercer Pleno Casatorio– que esto no es así. Esto ha sucedido con la reciente STC recaída en el Exp. N° 00782-2013-PA/TC.

Como lo explica el abogado especialista en Derecho de Familia, Benjamín Aguilar Llanos, el TC ha adicionado un punto que el Poder Judicial había desatendido. “El TC le agrega un elemento no previsto, señalando que tampoco procede la indemnización cuando el supuesto perjudicado nunca se apersonó a juicio”. Por tanto, cuando el cónyuge que se presume agraviado por la separación no expresa un interés personal ni económico por el hecho, no se debe dictaminar el pago de una compensación.

Para Aguilar, el fallo del TC ha puesto en práctica lo que ya había sido fijado por la Corte Suprema. De manera que el Colegiado constitucional tan solo ha aportado mayor claridad para futuras sentencias judiciales de divorcio.

### **3. LEGISLACION NACIONAL**

#### **▪ CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO**

Artículo 4°.- Protección del niño, madre, anciano y la familia. El matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

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

#### **▪ CODIGO CIVIL**

##### **Artículo 323°.- Concepto y distribución de las ganancias.**

Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322°.

Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos.

Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.

##### **Artículo 324°.- Pérdida de gananciales por separación de hecho.**

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

##### **Artículo 342°.- Determinación judicial de la pensión alimenticia.**

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

**Artículo 343°.- Pérdida de los derechos hereditarios.**

El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.

**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.

**Artículo 348°.- Definición.**

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

**Artículo 349.- Causal de divorcio**

Puede demandarse el divorcio por la causal señalada en el artículo 333, inciso 12.

—Artículo 333.-Causales

(...)

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—.*

**Artículo 351°.- Reparación del daño moral al cónyuge inocente.**

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

**Artículo 352°.- Pérdida de gananciales por el cónyuge culpable.**

El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.

**▪ Ley N° 27495 que Incorpora la Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio (publicada el 07-07-2001)**

(...)

**Tercera.-** Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

## **4. JURISPRUDENCIAS Y PRECEDENTE VINCULANTE**

### **□ Jurisprudencias**

**▪ STC Exp. N° 00782-2013-PA/TC**

El Tribunal Constitucional ha determinado mediante una sentencia –que complementa lo dispuesto por el Tercer Pleno Casatorio Civil. El TC ha adicionado un punto que el Poder Judicial había desatendido. “Le agrega un elemento no previsto, señalando que tampoco procede la indemnización cuando el supuesto perjudicado nunca se apersonó a juicio”. Por tanto, cuando el cónyuge que se presume agraviado por la separación no expresa un interés personal ni económico por el hecho, no se debe dictaminar el pago de una compensación.

El fallo del TC ha puesto en práctica lo que ya había sido fijado por la Corte Suprema. De manera que el Colegiado constitucional tan solo ha aportado mayor claridad para futuras sentencias judiciales de divorcio.

▪ **Casación N° 3585-2014, Lima Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República**

Que, no es factible amparar las pretensiones reconvenidas de indemnización y de aumento de pensión alimenticia por cuanto estas siguen la suerte del principal a tenor del artículo 87 del Código Procesal Civil; que es requisito indispensable para determinar el monto indemnizatorio establecer cuál de los cónyuges es el perjudicado como consecuencia de la separación de hecho invocada como causal para el divorcio, y al no haberse aún disuelto el vínculo matrimonial no corresponde fijarse dicho monto ni tampoco el aumento de pensión alimenticia.

▪ **Casación N° 5060 - 2011 Huaura, Divorcio por la causal de separación de hecho**

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en el presente caso, la Sala Superior no ha expresado las razones fundamentales por las cuales decide apartarse tácitamente del precedente judicial vinculante establecido en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro - dos mil diez, Puno, que le impone el deber de pronunciarse, aun de oficio, sobre la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación sobre todo cuando una de las partes ha alegado expresamente, vía reconvenición, hechos configurativos del perjuicio causado y acompañado prueba para efectos de acreditarla. En tal sentido, se ha configurado la causal de apartamiento inmotivado del precedente judicial, sobre interpretación de la norma material contenida en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, razón por la cual corresponde anular la sentencia recurrida y, con efecto revocatorio.

▪ Las dos sentencias casatorias dictadas en los expedientes Cas. N° 15292011-Arequipa y Cas. N° 1448-2012-Lima. Ambas sentencias tienen fallos diferentes en cuanto al extremo de la indemnización por divorcio en la causal de separación de hecho; en la primera se anula la sentencia de vista para que se dilucide si se acredita la existencia del cónyuge perjudicado, y en la segunda se declara infundado el recurso de casación contra la sentencia que

desestimó el pedido de indemnización al no haberse acreditado que alguno de los cónyuges ostentará la condición de perjudicado en la separación.

Asimismo, en la revista Actualidad Jurídica (enero 2009) nos ilustra con estas jurisprudencias:

▪ **Naturaleza de la causal de divorcio por separación de hecho**

El divorcio por causal de separación de hecho puede ser interpuesto por cualquiera de los cónyuges, lo que se busca es solucionar una situación conflictiva por el quebrantamiento injustificado y permanente del deber de cohabitación. A esta causal de divorcio doctrinariamente se le ha denominado divorcio-remedio que reposa en su aspecto objetivo, sin embargo, en nuestro ordenamiento civil debido a nuestro contexto social está concebido no solo desde el aspecto objetivo (la separación de hecho), sino también reposa en el ámbito subjetivo, pues en su análisis y aplicación el juez está obligado a determinar al cónyuge culpable de la separación injustificada a efectos de establecer las medidas de protección a favor del cónyuge perjudicado, análisis en el cual debe determinarse las causas o razones que motivaron la separación (abandono injustificado, violencia doméstica, adulterio, etc). Consecuentemente la causal de divorcio por separación de hecho legislativamente es una de naturaleza mixta, pues contempla características objetivas del sistema divorcio remedio y subjetivas del sistema divorcio sanción (Cas. N° 5079-2007Lima. El Peruano 03/09/2008).

▪ La inclusión en la normatividad sustantiva de la causal de divorcio por la separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, por su naturaleza resuelve un conflicto y no sanciona al culpable de este; en este sentido, debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar el abandono unilateral como de mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados (Cas. N° 21902003 - Santa. 01/06/2004).

- **Finalidad del legislador al incorporar la separación de hecho como causal de divorcio**

Al establecer la separación de hecho como causal de divorcio mediante Ley Número 27495 del 7 de Julio del 2001, el legislador buscó dar respuesta a un problema de nuestra realidad social ante la existencia de numerosos matrimonios que en la práctica no cumplen con la finalidad establecida en los artículos 288 y 289 del Código Civil. Es decir, trató de dar solución a la situación de miles de ciudadanos que vivían y viven en tal situación irregular (Cas. N° 4748-2006, Lima, El Peruano 02/09/2009).

- **Configuración de la separación de hecho**

La causal de separación de hecho se configura de manera objetiva cuando se quiebra el deber de hacer vida en común, a que se refiere el artículo 289 del Código Civil, durante el plazo que prevé la Ley, no resultando relevante para ello determinar si la separación resulta imputable a una de las partes (Cas. N° 220-2004-Lima, El Peruano, 01/06/2006).

- **Plazo que debe cumplir la separación de hecho**

El plazo previsto para la separación de hecho es de un periodo ininterrumpido de dos años, plazo que 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 del Código Civil (Cas. N° 1120-2002-Puno, 31/03/2003).

- **Separación de hecho producida por causas laborales**

Si bien la causal de separación de hecho se configura de manera objetiva; sin embargo, ello no debe obedecer a causas de fuerza mayor relacionadas con razones laborales, toda vez que en este caso, la separación ha obedecido a una circunstancia de necesidad que origina que no exista nexo causal para que opere la causal, estableciendo a este respecto expresamente la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley número 27425, que para efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, no se considerara separación de hecho a aquella

que se produzca por razones laborales, precisando la norma acotada que en este caso se requerirá el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo (Cas. N° 220-2004-Lima, El Peruano 01/06/2006).

▪ **Prueba de la separación de hecho**

El requisito esencial para invocar el inciso décimo segundo del artículo 333 del Código Civil, como causal de separación de cuerpos [la separación de hecho], es la demostración de la separación de hecho de los cónyuges, no estableciéndose para ello un medio probatorio determinado encerrado dentro de una formalidad establecida, siendo susceptible de ser valorado y admitido como medio de prueba de lo solicitado, todo documento público o privado que evidencie la certeza de los hechos (Cas. N° 2548-2003-Lima. 10/08/2004, El Peruano 30/11/2004).

▪ **Requisito de no tener deudas alimentarias pendientes para plantear el divorcio por separación de hecho**

Como se puede advertir, el legislador ha establecido como formalidad que, para incoar una acción de divorcio por causal de separación de hecho (...) el accionante no debe tener deuda alguna proveniente de obligaciones alimentarias u otras a que se haya obligado de común acuerdo con su cónyuge. Sin embargo, cabe señalar, de acuerdo con el principio de formalidad contenido en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que, si bien las formalidades contenidas en el mencionado cuerpo normativo son imperativas, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso.

•(...) las formalidades como la establecida por el artículo 345-A en comentario, no son un fin en sí mismas, toda vez que no puede haber, de acuerdo a nuestro ordenamiento procesal civil vigente, culto a la ritualidad formal sino que el perjuicio que se denuncia debe ser real y efectivo (Cas. N° 4748-2006- Lima. El Peruano 02/09/2008).

•Los alimentos a que se refiere la norma bajo comentario [el artículo 345A del Código Civil] deben entenderse como aquellos a los cuales los cónyuges están

obligados de manera natural durante su relación, como si la separación no se hubiera producido; pues no es necesario que la mujer carezca absolutamente de recursos, sino que basta que los que posee no sean suficientes, situación que se comprende por lo especial y drástico de la causal que solventa el divorcio, que se basa únicamente en un supuesto fáctico que como tal debe tener sus limitaciones, los que se dan en los extremos que se refieren a alimentos y a la indemnización en caso de que uno de los cónyuges resulte más perjudicado por la disolución del vínculo (Cas. N° 2190-2003Santa, 01/06/2004).

▪ **Deberes del juez**

La segunda parte de la norma legal [el artículo 345-A del Código Civil] acotada establece dos supuestos: a) el deber del juez de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos; y, b) el deber del juez de: 1) Señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal. 2) Ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Tal disposición legal está orientada a preservar tanto la estabilidad económica como la reparación del daño del cónyuge perjudicado, incluyendo el personal que pudiera resultar como consecuencia de la separación de hecho, no por lo que se hubiera producido durante la vida matrimonial (Cas. N° 458-2004-Lima, El Peruano 31/05/2005).

▪ **El juez debe identificar necesariamente al cónyuge perjudicado y concederle una indemnización, aun cuando no se haya solicitado**

Tal derecho [a solicitar la indemnización por separación de hecho] solo cabe otorgarlo cuando el cónyuge que se considera inocente solicita formalmente indemnización por tal concepto, si es demandado (a) mediante reconvencción y lo acredita con medio probatorio relativo a su estado de necesidad (Cas. N° 709-2008, Lima, El Peruano 03/09/2008).

□ 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 cuál de los cónyuges resulta perjudicado o bien más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, fijando 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 cuál es el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o adjudicación preferente (Cas. N° 38-07-Lima, El Peruano 02/09/2009).

▪ **Demanda conjuntamente de divorcio por separación de hecho y por adulterio**

Las causales de divorcio antes analizadas [por adulterio y por separación de hecho] son diferentes, no obstante ello, comparten ciertos elementos comunes; pues el sistema mixto consagrado, en nuestra legislación civil, en la causal de divorcio por separación de hecho, también es materia de debate la culpabilidad del cónyuge causante de la violación del deber de cohabitación; al igual que en la causal de adulterio donde se busca al cónyuge culpable de la violación del deber de fidelidad. Asimismo, en cuanto al cónyuge culpable, los efectos de la declaración de divorcio por ambas causales son similares, toda vez que así se infiere de lo establecido en el último párrafo del artículo 345-A del Código Civil, concordado con los artículos 351, 352 y 353 del Código Civil. (...) El cónyuge culpable causante del decaimiento del vínculo matrimonial con su conducta, es pasible de infringir uno o más deberes consustanciales al matrimonio, deberes que se encuentran reflejados en las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil; siendo ello así, nada impide accionar conjuntamente (al demandante) o sucesivamente (con motivo de la reconvencción) por una o más causales de divorcio, más aún si legislativamente no se ha establecido su exclusión (Cas. N° 5079-2007-Lima, El Peruano 03/09/2008).

□ **Precedente vinculante**

**1. Casación N° 4664-2010-PUNO - divorcio por causal de separación de hecho**, en la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

(...)

**Segundo.** Así mismo, declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

**1.** En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe **flexibilizar algunos principios y normas procesales** como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

**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. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

**3.** Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

**3.1.** A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la

reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

**3.2.** De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

**3.3.** En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

**3.4.** En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado -y probado- la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

**3.5.** En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

**4.** 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 la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el

incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

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.

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

## **5. DERECHO COMPARADO**

La autora Álvarez Olazábal, Elvira María. (2006), respecto al país inglés, español, ecuatoriano y Argentina explica lo siguiente:

### **5.1. Legislación inglesa**

La actual regulación sobre el divorcio fue introducida por la Divorce Reform Act del 22 de octubre de 1969. **El legislador inglés fue uno de los primeros en romper con el tradicional “divorcio-sanción” o por culpa, para establecer la concepción del “divorcio-remedio”.** (...) La Matrimonial Causes Act de 1973 establece como causa única de divorcio la “inretrivable breakdown of mam'age” esto es, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal.

No obstante la prueba de esa ruptura irremediable sólo puede obtenerse mediante la acreditación de los hechos taxativamente enumerados en la ley. Estas son:

- La separación de hecho por un período mínimo de dos años cuando el demandado consiente el divorcio; y
- La separación de hecho de los cónyuges en un lapso cuya duración sea superior a cinco años si el demandado se opone al divorcio.

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

## 5.2. Legislación española

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

(...)

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

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

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

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo

establecido en el artículo 82° una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o transcurrido el plazo expresado, no hubiera recaído resolución en la primera Instancia.

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

causales son:

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

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

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

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

### **5.3. Legislación ecuatoriana**

En la legislación ecuatoriana, el divorcio por causal es una de las formas como termina el matrimonio. Empero también por **el abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.**

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

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

#### 5.4. Legislación argentina

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

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

Las causas del divorcio, en dicha legislación, tienen tres vertientes: la comprobación de culpa en uno de los cónyuges (que son consideradas tanto causas de separación como de divorcio), la falta de convivencia (comprobada a través de una sentencia de separación que se convierte en divorcio o de un plazo de simple separación de hecho) y, finalmente, el mutuo acuerdo (que se restringe para los casos en los que cónyuges invoquen razones graves que hacen intolerable la vida en común). Para el trabajo se comenta la segunda vertiente:

(...)

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

- Por separación de hecho: se requiere una separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años (artículo 214°.2).
- Por conversión de la sentencia firme de separación. Si lo piden ambos cónyuges, se declara el divorcio, transcurrido y año desde la sentencia firme de separación que se haya dictado por las causas de los artículos 202° (hechos imputables a un cónyuge), 204° (interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse por más de dos años) y 205° (mutuo acuerdo).

Si lo pide unilateralmente uno de los cónyuges el plazo se alarga a tres años desde la sentencia firme de separación, la cual podrá haberse dictado, además de las causas ya señaladas, por las del artículo 203° del Código Civil. (Alteraciones

mentales graves y permanentes y alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge)  
(Artículo 216° en relación con el artículo 238° del Código Civil).

## CONCLUSIONES

**1.** Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio.

**2.** Las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial.

**3.** Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

## **RECOMENDACION**

Los operadores del derecho, al momento de aplicar las causales de divorcio se debe actuar según la doctrina mayoritaria; es decir aplicando los dos aspectos:

- 1) Objetivo (verificación, existencia de pruebas legales, etc.) y
- 2) Subjetivo (intención deliberada de uno o de ambos cónyuges).

## RESUMEN

El concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite, sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. Hecha esta salvedad.

La referencia a divorcio deberá entenderse efectuada únicamente a la destrucción del vínculo conyugal. La separación personal, que no disuelve el vínculo matrimonial, y el divorcio vincular constituyen situaciones que la ley prevé, frente al conflicto matrimonial. Como soluciones que brinda la ley ante situaciones de conflicto matrimonial, la separación personal y el divorcio vincular pueden aparecer como soluciones alternativas o autónomas, o, finalmente, ser la separación de cuerpos una solución previa al divorcio vincular.

En el derecho comparado, en la actualidad, es mayoritaria la tendencia a legislar autónomamente la separación de cuerpos y el divorcio, y, simultáneamente, prever la conversión de la separación personal en divorcio vincular

El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente o notarialmente o a través de una Resolución de Alcaldía al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, y con la cual se pone fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial.

Las formas en que se puede conseguir el divorcio, en nuestro sistema jurídico, puede ser mediante resolución judicial, resolución de alcaldía o mediante documento notarial.

Nuestro Código Civil se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el divorcio sanción y el divorcio remedio, derivando en un sistema mixto.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Actualidad Jurídica. (Enero 2009). *Extractos de jurisprudencia de separación de hecho*. Tomo 182. Lima: Gaceta Jurídica.
- Azpiri, Jorge O. (2000). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. p.256.
- Belluscio, Augusto César. (2004). *Manual de Derecho de Familia. Tomo I. séptima edición*. Primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. p. 426.
- Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. (2004). *Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma*. pp. 330-332.
- Chávez de la Peña, Verónica. (Noviembre 2008). *Acerca de la procedencia de una asignación dinerada por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*. JUS Doctrina y Practica N° 11. Lima. p. 188.
- Cuarta edición actualizada y ampliada. Primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Espinoza Espinoza, Juan. (2005). *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 153-154.
- Estado. Santa Fe, Argentina: Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral. p. 70.
- Eusebio Aparicio Auñón. (Octubre 1999). *La Pensión Compensatoria*. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, pp. 40 y 41.
- Hinostroza Mínguez Alberto. (2007). *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Primera edición. Lima, Gaceta Jurídica S.A. p. 82.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. (1978). *Separación de hecho entre cónyuges*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. p. 3.

Luis Diez Picazo y Antonio Gullón. (2001). *Derecho de familia y sucesiones*. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Séptima edición. Segunda reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos. p. 115-116.

Mangione Muro, Mirta Hebe. (2000). *Derecho de Familia: Familia y Proceso de*  
Plácido Vilcachagua, Alex F. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A. pp.41-42

Plácido Vilcachagua, Alex. (2008). *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A. pp. 15-19.

Quispe Salsavilca, David. (2002). *El Nuevo Régimen Familiar Peruano*. Breviarios de Derecho Civil N° 2. Lima: Editorial Cultural Cuzco S.A.C. pp.73-75.

Sánchez Hernández, Ángel. (2005). *La modificación del Código Civil en materia de separación y Divorcio por la ley 15/2005, de 8 de julio*. En: Anales de Derecho, N° 23. Universidad de Murcia. pp 136.

Varsi Rospigliosi, Enrique. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Zannoni, Eduardo A. (2002). *Derecho Civil - Derecho de familia*. Tomo 1 y 2.

#### **PAGINAS VIRTUALES:**

Álvarez Olazábal, Elvira María. (2006). *Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o solución?*. Recuperado de:

[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2244/1/Alvarez\\_oe.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2244/1/Alvarez_oe.pdf)

Entrevista a Benjamín Aguilar, civilista experto en Derecho de Familia.

<https://www.youtube.com/watch?v=MyZktNj08e4> (Revisado 19/12 /2016).

La ley (13 mayo 2015) [http://laley.pe/not/2468/-ldquo-el-tc-le-ha-adicionado-unsupuesto-al-tercer-pleno-casatorio-que-el-pj-habia-descuidado-rdquo-/](http://laley.pe/not/2468/-ldquo-el-tc-le-ha-adicionado-unsupuesto-al-tercer-pleno-casatorio-que-el-pj-habia-descuidado-rdquo/)  
(Revisado 19/12 /2016)

## **ANEXOS**

**1) CASO PRÁCTICO EXPEDIENTE N° 1192-2016 AREQUIPA**

**2) PROYECTO DE SENTENCIA CASACIÓN N° 2612-2017, LIMA**

**3) ANALISIS DEL CASO**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

**APELACIÓN 1192-2016**  
**AREQUIPA**

|  |
|--|
| <p><i><b>SUMILLA:</b> El proceso de reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero tiene como finalidad que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por un tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada, para lo cual no basta la legalización efectuada regularmente en el país de procedencia, sino que es necesaria la homologación de la resolución judicial conforme lo determina el Código Procesal Civil.</i></p> |
|--|

Lima, veintiuno de noviembre

de dos mil dieciséis.-

**VISTOS;** con lo expuesto en el dictamen de la Señora Fiscal Suprema en lo Civil; y **CONSIDERANDO:**-----

----

**PRIMERO.-** Es materia de grado la resolución apelada de fojas ochenta y cinco, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiuno de enero de dos mil dieciséis, que declara improcedente la demanda interpuesta por Darwin Ernesto Alpaca Saldaña sobre Reconocimiento de Divorcio, contenido en acto emitido por Notario Público; en los seguidos por Darwin Ernesto Alpaca Saldaña contra Denise Aljure Sfeir, sobre Exequatur.-----

**SEGUNDO.-** Para llegar a esa conclusión la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa indica que revisada la solicitud, el escrito de subsanación de la demanda y los anexos presentados, se concluye que no existe sentencia extranjera que reconocer en autos, sino la Escritura Pública número 1535, de fecha veintiséis de setiembre de dos mil catorce, celebrada ante la Notaria Sesenta y Cinco (65) Nancy Garzón Vásquez, encargada del Círculo de Bogotá Distrito Capital, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia. Asimismo, indica que según el artículo 34 de la Ley número 962 del año dos mil cinco, de la República de Colombia, el Divorcio ante Notario se puede convenir por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

**APELACIÓN 1192-2016**  
**AREQUIPA**  
**EXEQUATUR**

abogado, mediante Escritura Pública; la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los Jueces por la ley, siendo que el divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente; lo cual se encuentra reglamentado por el Decreto número 4436, del año dos mil cinco, cuyo artículo 6 establece que el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados. De allí, la citada Sala Civil entiende que la Escritura Pública de Divorcio materia de reconocimiento tiene validez, y al haberse celebrado el matrimonio en Colombia y registrado ante el Consultado del Perú en Bogotá, puede ser inscrita directamente por el nacional en el Consulado del Perú en Bogotá, de la República de Colombia, sin necesidad de reconocimiento judicial (conforme a lo informado vía telefónica por la oficina de Asesoría Jurídica del Consulado General de Colombia en Lima-Perú). Finalmente, indica que el proceso de reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero tiene como finalidad que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por un tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada, para lo cual no basta la legalización efectuada regularmente en el país de procedencia, sino que es necesaria la homologación de la resolución judicial conforme lo determina el Código Procesal Civil, siendo que en el presente caso, el documento que el solicitante pretende sea reconocido, no es una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional, sino un documento emitido por Notario, que puede ser registrado directamente por el solicitante en el Consulado del Perú en Colombia.-----

-----

**TERCERO.-** La motivación de las resoluciones judiciales es un principio de la función jurisdiccional, tal como lo dispone el inciso 5 del artículo 139 de nuestra Carta Magna, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, principio que además se encuentra contenido

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

**APELACIÓN 1192-2016**  
**AREQUIPA**  
**EXEQUATUR**

en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, según el cual, las resoluciones judiciales deben contener los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho. En cuanto a la etapa postulatoria del proceso, la resolución por la cual el órgano jurisdiccional califica la demanda debe emitirse observando los requisitos exigidos por la norma procesal respectiva, pero respetando el derecho del acceso a la justicia del demandante, lo cual constituye una garantía del justiciable consistente en que las pretensiones que formula ante el Sistema de Administración de Justicia no encuentren trabas e impedimentos que de forma irracional impidan la protección de los intereses legales reconocidos por el ordenamiento jurídico.----

-----  
**CUARTO.-** Para dicho efecto, la interpretación de la norma procesal responde a diversos criterios de los cuales el juzgador puede hacer uso a fin de propiciar que el ejercicio del derecho de acción del justiciable no quede desamparado de forma irracional por una disposición normativa que, por ser evidentemente diacrónica, no se ajuste a la realidad. En ese sentido, de la normatividad prevista en el Subcapítulo 11, del Título II, Sección Sexta del Código Procesal Civil, se tiene que forma parte de la función jurisdiccional de las Salas Civiles el avocarse al reconocimiento por homologación de sentencias y laudos extranjeros, a fin de que sean aplicables sus efectos en nuestro ordenamiento; sin embargo, existiendo también en nuestro país una política legislativa de desconcentración del Sistema de Justicia -que delega algunas materias anteriormente conocidas por el Poder Judicial a otros integrantes del mismo (por ejemplo: Gobiernos Locales o Notarios Públicos), no resulta una interpretación acorde a la importancia del acceso a los tribunales, limitar la referida homologación únicamente al caso de las sentencias emitidas por el Poder Judicial de un país extranjero y negar dicha posibilidad para que sean homologados otros pronunciamientos que aún no siendo jurisdiccionales, también puedan representar efectos cuya aplicación en nuestro país resulta relevante para el demandante, motivo por el cual la apelada incurre en vicio de motivación que acarrea su nulidad, cuando considera que en la demanda

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

**APELACIÓN 1192-2016**  
**AREQUIPA**  
**EXEQUATUR**

presentada por Darwin Ernesto Alpaca Saldaña no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio (causal de improcedencia del entonces vigente inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil).-----

----- **QUINTO.-** Por dichas consideraciones, la Sala Superior debe proceder a emitir nueva calificación de la demanda presentada en autos, tomando en consideración lo expuesto en esta resolución.-----

-----  
Por las consideraciones expuestas, declararon: **NULA** la resolución apelada de fojas ochenta y cinco, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiuno de enero de dos mil dieciséis, que declara improcedente la demanda interpuesta por Darwin Ernesto Alpaca Saldaña sobre Reconocimiento de Divorcio, contenido en acto emitido por Notario Público; **ORDENARON** que la Sala Superior emita nueva resolución de acuerdo a ley y a las consideraciones precedentemente expuestas; en los seguidos por Darwin Ernesto Alpaca Saldaña contra Denise Aljure Sfeir, sobre Exequátur; y *los devolvieron*. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-  
**S.S.**

**MENDOZA RAMÍREZ**

**ROMERO DÍAZ**

**CABELLO MATAMALA**

**MIRANDA MOLINA**

**YAYA ZUMAETA**

## **PROYECTO DE SENTENCIA**

**Lima, veintiuno de setiembre del dos mil dieciséis.**

**CASACIÓN N° 2612-2017, LIMA**

### **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

Vista la causa número tres mil quinientos ochenta y cinco – dos mil dieciséis luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

#### **MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN**

Se trata del recurso de casación interpuesto por Eva Nancy Macedo Huarhua a fojas mil doscientos cincuenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas mil ciento ochenta y nueve, de fecha doce de setiembre de dos mil catorce, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada de fecha fojas mil ciento doce, de fecha treinta y uno de enero de dos mil catorce, mediante la cual se declara **fundada** la demanda; y reformándola declara **improcedente** la incoada e improcedentes las pretensiones accesorias de indemnización y aumento de alimentos solicitada por la demandada; en los seguidos por Fernando Augusto Bulnes Pun contra Eva Nancy Macedo Huarhua y otro, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

#### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha veintiséis de marzo de dos mil dieciséis, a fojas treinta y ocho del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal, por las causales de:

1) Infracción normativa del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, al establecer en la sentencia de vista como único fundamento para declarar improcedentes las pretensiones de Indemnización y Aumento de Pensión de Alimentos (planteadas en la

reconvención) que “no es posible pronunciarse por las pretensiones accesorias, las cuales siguen la suerte del principal a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del Código Procesal Civil”, por tanto, siendo evidente la transgresión a las normas antes citadas, se ha incurrido en nulidad por afectación al principio y Derecho de Motivación de Resoluciones Judiciales y afectación al debido proceso, por cuanto toda decisión jurisdiccional se debe sustentar en consideraciones fácticas y jurídicas, constituyendo la mera referencia del artículo 87 del Código Procesal Civil, una cita legal, de modo que la decisión de desestimar las pretensiones de indemnización y aumento de pensión de alimentos, carece de fundamentación de hecho y de derecho;

2) Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil, al señalar que en la norma citada, las pretensiones de indemnización y alimentos tiene como presupuesto del perjuicio, “la Separación de Hecho”, no la Declaración del Divorcio. En el caso de autos, está probado que existe una separación ininterrumpida entre las partes por abandono causado desde noviembre del año dos mil cinco, de modo que a pesar de desestimarse el divorcio **por haberse interpuesto sin que hubiera transcurrido cuatro años de la separación**, no existe inconveniente legal ni de Justicia para ampararse las pretensiones reconvenidas conforme a lo dispuesto en el artículo 345-A del Código Civil; y

3) Infracción normativa por apartamiento inmotivado del precedente judicial, al señalar que la Sala Superior ha resuelto apartarse inmotivadamente del Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación número 4664-2010 Puno, cuya observancia es de cumplimiento obligatorio en los procesos de familia, el cual establece que el Juez tiene facultades tuitivas y debe flexibilizarse algunos principios y normas procesales como el de Congruencia, Acumulación de Pretensiones entre otros. Sin embargo, después de más de seis años de litigio, en que la recurrente planteó vía reconvención las pretensiones de Indemnización y Aumento de Pensión de Alimentos, simplemente son desestimadas, incluso sin una fundamentación fáctica y jurídica y omitiendo totalmente los criterios vinculantes establecidos por el Pleno Casatorio, el cual fue invocado en el recurso de apelación de la demandada.

## **CONSIDERANDO**

**PRIMERO.-** Que, del examen de autos se advierte que mediante escrito de fojas catorce a veinte subsanado de fojas veintinueve a treinta, Fernando Augusto Bulnes Pun interpone demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho contra Eva Nancy Macedo Huarhua.

**SEGUNDO.-** Que, admitida a trámite y notificada la demanda conforme a ley, mediante Resolución número cinco de fecha ocho de enero de dos mil nueve se tiene por contestada la demanda por parte del Ministerio Público; por Resolución número siete emitida el doce de marzo de dos mil nueve, se admite la reconvención formulada por Eva Nancy Macedo Huarhua y se corre traslado de la misma; mediante Resolución número diez de fecha veinticinco de mayo de dos mil nueve, se declara saneado el proceso; por Resolución número catorce de fecha veinticuatro de julio de dos mil nueve, se fijan los puntos controvertidos de la demanda y de la reconvención y se admiten los medios probatorios; de fojas doscientos noventa y siete obra el Acta de Audiencia de Pruebas.

**TERCERO.-** Que, valoradas las pruebas y compulsados los hechos expuestos, mediante sentencia de primera instancia de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciséis, que corre a fojas mil ciento doce, se declara: a) Fundada la demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho interpuesta; b) Fundada en parte la reconvención de Indemnización por Daño Moral, ordenándose que Fernando Augusto Bulnes Pun pague la suma de cinco mil nuevos soles (S/.5,000.00) a Eva Nancy Macedo Huarhua; c) Fundada en parte la reconvención de Indemnización por Daño Personal, ordenándose que el demandante cumpla con pagar la suma de diez mil nuevos soles (S/.10,000.00) a favor de la demandada reconviniente; y d) Fundada en parte la pretensión de Aumento de Alimentos contra Fernando Augusto Bulnes Pun, ordenando que éste otorgue a Eva Nancy Macedo Huarhua una pensión de alimentos equivalente al quince por ciento (15%) de la remuneración del obligado; basándose en los siguientes argumentos: I) Fernando Augusto Bulnes Pun interpone demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho contra Eva Nancy Macedo Huarhua; II) Eva Nancy Macedo Huarhua reconviene peticionando Indemnización por Daño Moral ascendente a cien mil nuevos soles (S/.100,000.00) y otra por doscientos mil nuevos soles (S/.200,000.00) por Daño a la Persona, además Aumento de Pensión de

Alimentos a su favor en un veinte por ciento (20%) de los ingresos mensuales que perciba por todo concepto el actor o que en el futuro pueda percibir; III) Las partes se encuentran separadas de hecho desde el veintisiete de marzo de dos mil cuatro, por lo que al doce de setiembre de dos mil ocho, ha transcurrido en exceso el periodo mayor de cuatro años ininterrumpidos que exige el artículo 333 inciso 12 del Código Civil, habiéndose establecido el elemento constitutivo temporalidad; IV) Resulta procedente el daño moral y personal al haber sido probado en autos por lo que es susceptible del pago de una indemnización; V) Existe una sentencia a favor de su hija ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Breña (Expediente número 326-2008); sin embargo considerando que si bien la demandada no ha acreditado que se encuentre impedida de trabajar, es una señora de cuarenta y cinco años que tiene estudios de Secretariado Ejecutivo no habiendo ejercido su profesión debido a que con su esposo acordaron que ella se quedaría al cuidado de su hija, siendo el caso contrario del demandante que el sí creció profesionalmente, pudiendo otorgarle un aumento en la pensión alimenticia a favor de su esposa.

**CUARTO.-** Que, apelada que fuera la sentencia de primera instancia, la Sala Superior mediante resolución de vista de fecha doce de setiembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ciento ochenta y nueve, revoca la apelada y reformándola declara improcedente la demanda interpuesta e improcedentes las pretensiones accesorias de Indemnización y Aumento de Alimentos solicitadas por la demandada Eva Nancy Macedo Huarhua; por los siguientes fundamentos: I) Que a la fecha de la interposición de la demanda, esto es, quince de setiembre de dos mil dieciséis, no se habría configurado el requisito temporal de los cuatro años que exige la ley cuando existen hijos menores de edad; y II) Cabe traer a colación que no es posible pronunciarse por las pretensiones accesorias, las cuales siguen la suerte del principal a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del Código Procesal Civil.

**QUINTO.-** Que, la recurrente invoca la infracción normativa del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, al haberse desestimado en la sentencia de vista las pretensiones de Indemnización y Aumento de Pensión de Alimentos (planteadas en la reconvención) por cuanto las pretensiones accesorias siguen la suerte del principal a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del Código Procesal Civil; que respecto a este extremo denunciado este Supremo Colegiado advierte que ya se ha establecido que la

separación definitiva entre las partes se efectivizó desde el mes de noviembre del año dos mil cinco, con lo cual se podría desprender que dicha separación se habría mantenido desde aquél entonces sin interrupciones, circunstancia que fue determinada en la sentencia expedida por el Sexto Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual adquirió la calidad de Cosa Juzgada y que en la sentencia de vista que motiva el presente recurso de casación se ha tomado en cuenta para los efectos de computar el plazo requerido por ley para que se ampare la demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho, **llegando a la conclusión por parte del Colegiado de Vista que los cuatros años requeridos no han operado**, deviniendo en improcedente la demanda de divorcio y por ende no es factible amparar las pretensiones accesorias de Indemnización y de Aumento de Pensión Alimenticia a tenor del artículo 87 del Código Procesal Civil; que siendo ello así esta Sala Suprema advierte que es requisito indispensable para determinar el monto indemnizatorio establecer cuál de los cónyuges es el perjudicado como consecuencia de la separación de hecho invocado como causal para el divorcio, **y al no haberse aún disuelto el vínculo matrimonial no correspondía fijarse dicho monto ni tampoco el aumento de pensión alimenticia**, resultando evidente que al expedir la recurrida no se han trasgredido las normas citadas y no se ha incurrido en nulidad por afectación al principio y derecho de motivación de resoluciones judiciales y afectación al debido proceso; Que, respecto al extremo denunciado en el sentido que a tenor del artículo 345-A del Código Civil, amerita una indemnización por el solo perjuicio de la separación de hecho, es menester señalar que el aludido cuerpo de leyes hace referencia a ello pero **cuando dicha circunstancia es invocada en un proceso de divorcio como causal para que opere dicha figura jurídica** en donde además se determina quién es el cónyuge perjudicado por dicha causal, **y no únicamente por la sola existencia de una separación de hecho**, por lo que este extremo también deviene en infundado; lo propio ocurre con la causal de apartamiento inmotivado del precedente judicial al señalar la recurrente que la Sala Superior ha resuelto apartándose inmotivadamente del **Tercer Pleno Casatorio Civil** realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **Casación número 4664-2010 Puno**, puesto que el pleno casatorio en mención establece entre otras cosas que los jueces tienen facultades tuitivas y debe flexibilizarse algunos principios y normas procesales como el de

Congruencia, Acumulación de Pretensiones entre otros, sin embargo **no lo obliga a que el juzgador fije un monto indemnizatorio y menos aún que aumente la pensión alimenticia por cuanto expidió una sentencia inhibitoria (Art. 121 tercer párrafo del Código Procesal Civil-excepcionalmente improcedente)** que no disolvió el vínculo matrimonial y no determinó quién es el cónyuge perjudicado.

## **DECISIÓN**

Por estos fundamentos y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Eva Nancy Macedo Huarhua a fojas mil doscientos cincuenta y ocho; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ciento ochenta y nueve, de fecha doce de setiembre de dos mil catorce, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Fernando Augusto Bulnes Pun contra Eva Nancy Macedo Huarhua y otro, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Mendoza Paz, Juez Supremo.

S.S. MENDOZA PAZ, RODRIGUEZ PEREZ, VALDEZ CARRILLO, CABELLO PRINCIPE, SANTOS ABAD.

## ANALISIS DEL CASO

Que, del examen de autos se advierte que mediante sentencia de primera instancia de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciséis, que corre a fojas mil ciento doce, se declara: a) Fundada la demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho interpuesta; b) Fundada en parte la reconvención de Indemnización por Daño Moral, ordenándose que Fernando Augusto Bulnes Pun pague la suma de cinco mil nuevos soles (S/.5,000.00) a Eva Nancy Macedo Huarhua; c) Fundada en parte la reconvención de Indemnización por Daño Personal, ordenándose que el demandante cumpla con pagar la suma de diez mil nuevos soles (S/.10,000.00) a favor de la demandada reconviniendo; y d) Fundada en parte la pretensión de Aumento de Alimentos contra Fernando Augusto Bulnes Pun, ordenando que éste otorgue a Eva Nancy Macedo Huarhua una pensión de alimentos equivalente al quince por ciento (15%) de la remuneración del obligado.

Por otra parte, a la sentencia de primera instancia, la Sala Superior mediante resolución de vista de fecha doce de setiembre de dos mil dieciséis, lo revoca y reformándola lo declaró improcedente la demanda interpuesta e improcedentes las pretensiones accesorias de Indemnización y Aumento de Alimentos solicitadas por la demandada Eva Nancy Macedo Huarhua.

llegando a la conclusión por parte del Colegiado de Vista que los cuatros años requeridos no han operado, deviniendo en improcedente la demanda de divorcio y por ende no es factible amparar las pretensiones accesorias de Indemnización y de Aumento de Pensión Alimenticia a tenor del artículo 87 del Código Procesal Civil; que siendo ello así esta Sala Suprema advierte que es requisito indispensable para determinar el monto indemnizatorio establecer cuál de los cónyuges es el perjudicado como consecuencia de la separación de hecho invocado como causal para el divorcio, y al no haberse aún disuelto el vínculo matrimonial no correspondía fijarse dicho monto ni tampoco el aumento de pensión alimenticia, resultando evidente que al expedir la recurrida no se han trasgredido las normas citadas y no se ha incurrido en nulidad por afectación al principio y derecho de motivación de resoluciones judiciales y afectación al debido proceso; y menos aún que aumente la pensión alimenticia por

cuanto expidió una sentencia inhibitoria (Art. 121 tercer párrafo del Código Procesal Civil-excepcionalmente improcedente) que no disolvió el vínculo matrimonial y no determinó quién es el cónyuge perjudicado.

Por estos fundamentos y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Eva Nancy Macedo Huarhua.