



VICERECTORADO DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

TESIS

**CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO OTORGADO AL
CÓNYUGE PERJUDICADO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR LA
CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO. VISIÓN DEL DISTRITO JUDICIAL
DE CAÑETE AÑO 2012-2013.**

PRESENTADO POR

Bach. LISSETH DANITZA MUNAYCO BASURTO

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

ICA – PERÚ

2016

DEDICATORIA

A mi hijo Diego Valentino por ser el motor de mis días y a quien dedico mis logros académicos y profesionales que procuren para él una adecuada calidad de vida y un futuro con mejores oportunidades.

A mi madre por su apoyo incondicional en todas las etapas de mi vida lo que ha impulsado mi desarrollo personal y profesional.

AGRADECIMIENTO

Al doctor Miguel Ángel Díaz Cañote por su apoyo personal y profesional en la presente investigación iniciada en el año 2010.

A los señores Magíster Yvonne Mariella Quiroz Gallegos, Antonia Salas Chávez y Jhonny Hans Contreras Cuzcano, por las recomendaciones brindadas para la elaboración del instrumento utilizado en la presente investigación.

RECONOCIMIENTO

A la Universidad “Alas Peruanas” por el apoyo y facilidades brindadas a los señores Bachiller para la obtención del Grado de Magíster.

ÍNDICE

DEDICATORIA -----	iii
AGRADECIMIENTO -----	iv
RECONOCIMIENTO -----	v
ÍNDICE -----	vi
RESUMEN -----	ix
ABSTRACT -----	x
INTRODUCCIÓN -----	xi

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA -----	1
1.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	
1.2.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL-----	2
1.2.2 DELIMITACIÓN SOCIAL-----	2
1.2.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL-----	2
1.2.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL-----	3
1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	
1.3.1 PROBLEMA PRINCIPAL-----	3
1.3.2 PROBLEMAS SECUNDARIOS-----	3
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	
1.4.1 OBJETIVO GENERAL-----	4
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS-----	4
1.5 HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	
1.5.1 HIPÓTESIS PRINCIPAL-----	5
1.5.2 HIPÓTESIS SECUNDARIAS-----	5
1.5.3 VARIABLES (DEFINICIÓN CONCEPTUAL Y OPERACIONAL)-----	5
1.5.4 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES-----	6
1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
1.6.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	
a) TIPO DE INVESTIGACIÓN-----	9
b) NIVEL DE INVESTIGACIÓN-----	9

1.6.2 MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

a) MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN -----	9
b) DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN -----	10

1.6.3 POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN

a) POBLACIÓN -----	10
b) MUESTRA -----	11

1.6.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS

a) TÉCNICAS -----	12
b) INSTRUMENTOS -----	13
c) VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS EMPLEADOS. -----	13
d) PLAN DE RECOLECCION Y PROCESAMIENTO DE DATOS -----	13

1.6.5 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

a) JUSTIFICACIÓN -----	13
b) IMPORTANCIA -----	16
c) LIMITACIONES -----	17

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN-----	18
--	-----------

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1 DIVORCIO.

2.2.1.1. Concepto -----	21
2.2.1.2. Clases-----	21
2.2.1.3. Naturaleza Jurídica del Divorcio-----	22
2.2.1.4. Tendencias Jurídicas -----	24
2.2.1.5 Causales de Divorcio-----	25

2.2.2. SEPARACIÓN DE HECHO

2.2.2.1. Definición -----	26
2.2.2.2 Naturaleza Jurídica -----	28
2.2.2.3. Elementos -----	29
2.2.2.4. Cónyuge Perjudicado -----	30
2.2.3. INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO -----	31

2.2.3.1. Naturaleza Jurídica -----	32
2.2.3.2 Conclusiones del Tercer Pleno Casatorio Civil -----	36
2.2.3.3. Legislación Comparada -----	38
2.2.3.4 Alcances de la Indemnización al cónyuge perjudicado -----	40
2.2.3.4.1 Desequilibrio económico como consecuencia de la separación-----	41
2.2.3.4.2 Daños en el Derecho de Familia -----	42
2.2.3.4.3 Daño a la Persona -----	43
2.2.3.4.4 Daño Moral -----	44
2.2.4. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL CÓNYUGE PERJUDICADO -----	46
2.2.4.1. Elementos de Culpabilidad del cónyuge que ocasionó la Separación-----	48
2.2.4.2 Pautas a seguir para la cuantificación -----	50
2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS -----	53
CAPÍTULO III: PRESENTACION, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	
3.1. ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS -----	55
3.2 PRUEBA DE HIPÓTESIS -----	69
3.3. CONCLUSIONES-----	75
3.4 RECOMENDACIONES -----	76
3.5. FUENTES DE INFORMACIÓN -----	77
3.6. ANEXOS	
3.6.1. MATRIZ DE CONSISTENCIA -----	81
3.6.2. CUESTIONARIOS – JUICIO DE EXPERTOS -----	85
3.6.3 SENTENCIAS DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE HECHO -----	99
a) Sentencia Expediente N° 00062-2008-0-0801-JR-FC-01-----	100
b) Sentencia Expediente N° 0011-2013-0-0801-SP-FC-01-----	107
c) Sentencia Expediente N° 00322-2003-0-0801-JR-FC-01-----	113
d) Sentencia Expediente N° 0063-2013-0-0801-SP-FC-01-----	118
e) Sentencia Expediente N° 008-2013-0-0801-SP-FC-01-----	122

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad determinar la existencia de criterios que permitan determinar el monto de la indemnización otorgada al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho; y evaluar si las condiciones personales y económicas y la actividad laboral que realizaba el/la cónyuge inocente al momento de la separación permitirían determinar el monto de dicha indemnización.

En la investigación se aplicó el método inductivo partiendo del estudio y análisis de sentencias emitidas en 160 procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete durante los años 2012 y 2013, evaluándose las causas más comunes que han ocasionado la separación de los cónyuges y posterior divorcio.

Luego de aplicarse el instrumento de la investigación – cuestionario desarrollado por 130 abogados entre magistrados (Jueces y Fiscales) y abogados en ejercicio de la profesión, se concluyó que no existen criterios que permitan determinar el monto de la indemnización por daño moral otorgado al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho por lo que la infidelidad y la existencia de procesos de violencia familiar en agravio del/la cónyuge inocente pueden ser evaluados para determinar el monto de la indemnización analizada; así también se determinó que no debe evaluarse las condiciones personales y económicas del/la cónyuge inocente, ni la actividad laboral que el/la cónyuge inocente dejó de realizar a consecuencia de la separación de hecho. Finalmente se establece la necesidad de establecer criterios que permitan determinar el monto de la indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

PALABRAS CLAVES: Indemnización, cónyuge perjudicado, divorcio por causal de separación de hecho.

ABSTRACT

This research aims to determine the existence of criteria for determining the amount of compensation awarded to the injured spouse in divorce proceedings on the grounds of separation of fact; and assess whether the personal and economic conditions and performing the work activity / the innocent spouse at the time of separation would determine the amount of such compensation.

In researching the inductive method based on the study and analysis of judgments in 160 divorce proceedings on the grounds of de facto separation processed in the Judicial District of Cañete during the years 2012 and 2013 was applied , evaluating the most common causes that have caused separation of spouses and subsequent divorce.

Then apply the instrument of research - questionnaire developed by 130 lawyers among judges (judges and prosecutors) and practicing lawyers in the profession, it was concluded that there are no criteria for determining the amount of compensation for moral damages awarded to the injured spouse in divorce proceedings on the grounds of de facto separation so that infidelity and the existence of processes of family violence grievance / innocent spouse can be evaluated to determine the amount of compensation analyzed; well was determined that personal and economic conditions / the innocent spouse or work activity he / innocent spouse stopped making as a result of the separation of fact should not be assessed. Finally the need to establish criteria for determining the amount of compensation to the injured spouse in divorce proceedings on the grounds of de facto separation is established.

KEY WORDS: Indemnification, harmed spouse, causal divorce separation of fact.

INTRODUCCIÓN

Cuando revisamos las normas del *Corpus Juris Civile*, romanístico en relación a la familia surge inequívocamente el nombre de un sujeto que tenía todas las prerrogativas y preeminencias frente a ella, “*El Pater Familiae*”, un hombre que con actitudes muchas veces tiránicas gobernaba la organización de la familia que había constituido y en los albores de su creación se permitía enajenarla incorporando en ella los bienes patrimoniales, la persona de su esposa y sus hijos y demás dependientes o mancebos, sobre la base de la cual se instauró la propiedad quiritaria; pero la sociedad histórica referida fue evolucionando para limitar las potestades omnímodas del jefe de familia y sujetarlo a condicionamientos que reconocían los derechos de los hijos y de la esposa, no obstante ello con algunas *capiti diminutio*; sin embargo, con la influencia de los Estados Bárbaros en el escenario romano se desarrolló la institución del matrimonio, el respeto de la dignidad de las personas, especialmente el de la familia y esto fue idealizándose en la Sociedad para el logro de la estructura familiar, tal como la conocemos con una propuesta de igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges con el imperativo categórico del respeto recíproco a sus derechos e intereses, con las innovaciones de permitir que la sociedad matrimonial elija antes de consolidarse como tal, si se adhiere en el acervo material sustentatorio a la “separación de patrimonio” de cada uno de los futuros cónyuges o al “régimen de la sociedad de gananciales” con una pluralidad de bienes entre los que destacan los bienes propios y los bienes sociales.

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 formula política del Estado Democrático y Social de Derecho. 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.

Por lo que en ésta investigación se establecen criterios para determinar el monto de la indemnización por daño que se otorgaría al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

A mérito de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345° del Código Civil¹, y en aplicación de los criterios con carácter vinculante establecidos por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el Tercer Pleno Casatorio Civil², los Jueces de Primera Instancia del Distrito Judicial de Cañete, en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, han venido otorgando a favor del cónyuge perjudicado una indemnización por concepto de daño moral; sin embargo, tomando como referencia las sentencias emitidas por los Juzgados de Familia y Mixtos de Cañete en los años 2012-2013, se ha observado que pese a que los procesos de divorcio presentan las mismas causas de separación, los montos indemnizatorios fijados por los magistrados difieren totalmente, siendo que en algunos casos la indemnización por daño moral no supera siquiera los S/ 500.00, mientras que en otros casos la suma es superior a S/ 10,000.00.

¹Artículo 345-A del Código Civil: (...) 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. (...)

²contenido en la Casación Número 4664-2010-Puno, de fecha 18 de marzo del 2011.

Dicha situación, que se viene presentando desde que entró en vigencia el mencionado artículo 345-A del Código Civil³ continúa pese a las precisiones establecidas en el Tercer Pleno Casatorio Civil, causando evidente malestar entre los justiciables.

De lo expuesto, a efecto de lograr uniformidad en los montos fijados por concepto de indemnización a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, resulta necesario que se fijen criterios que deban ser evaluados al momento de determinar el monto de la indemnización.

1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL.

La presente investigación se realizó a los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en los Juzgados de Familia del distrito de San Vicente y el Juzgado Mixto de Mala del Distrito Judicial de Cañete.

1.2.2. DELIMITACIÓN SOCIAL

La investigación evaluó el daño personal ocasionado al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

1.2.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Los datos estadísticos obtenidos en la presente investigación tienen como referencia las sentencias de divorcio por la causal de separación de hecho emitidas en los Juzgados de Familia y Mixtos de Cañete durante los años 2012- 2013.

³ El artículo 345-A del Código Civil fue incorporado por el artículo 4 de la Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001.

1.2.4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La investigación abarca dos conceptos fundamentales como la cuantificación de la indemnización y el daño ocasionado al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

- Cuantificación de la indemnización: Traducir a una suma de dinero el menoscabo que una persona ha sufrido a consecuencia de un hecho.

- Daño ocasionado al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho : Afectación emocional que sufre uno de los cónyuges a consecuencia de producirse la separación de hecho de su consorte.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. PROBLEMA PRINCIPAL

- ¿Se puede establecer criterios que permitan determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en los años 2012 - 2013?

1.3.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

- ¿Las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges pueden ser analizadas para determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

- ¿Las condiciones personales y económicas del cónyuge inocente al momento de la separación pueden ser analizadas para determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete?

- ¿La actividad laboral que desarrollaba el cónyuge perjudicado en la época de la separación puede ser analizada para determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. OBJETIVO GENERAL

- Determinar si existen criterios para determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012-2013.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Evaluar si el análisis de las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en los años 2012 – 2013.

- Examinar si las condiciones personales y económicas del cónyuge inocente al momento de la separación permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012-2013.

- Analizar si la actividad laboral que desarrollaba el/la cónyuge perjudicada en la época de la separación permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 - 2013.

1.5 HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1 HIPÓTESIS PRINCIPAL:

- Existirían criterios que permitan determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012-2013.

1.5.2 HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

- El análisis de las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges, permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 - 2013.

- El análisis de las condiciones personales y económicas del cónyuge inocente al momento de la separación, permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 - 2013.

- El análisis de la actividad laboral que desarrollaba el cónyuge perjudicado en la época de la separación, permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012- 2013.

1.5.3 VARIABLES (DEFINICIÓN CONCEPTUAL Y OPERACIONAL)

Variables Dependientes

X1 = Cuantificación de indemnización

X2= Cónyuge perjudicado en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho

Variables Independientes

Y1= Causas que ocasionaron la separación de los cónyuges

Y2= Condición personal y económica de cónyuge inocente

Y3= Actividad Laboral del cónyuge perjudicado

1.5.4 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

a) TIPO:

La presente investigación es de Tipo Aplicada, según Murillo (2008)⁴, recibe el nombre de “investigación práctica o empírica”, que se caracteriza porque busca la aplicación o utilización de los conocimientos adquiridos, a la vez que se adquieren otros, después de implementar y sistematizar la práctica basada en investigación. El uso del conocimiento y los resultados de investigación que da como resultado una forma rigurosa, organizada y sistemática de conocer la realidad.

b) NIVEL:

El nivel de la presente es el descriptivo. Según Hernández Sampieri⁵, el nivel es descriptivo cuando pretende medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren.

1.6.2. MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

a) MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

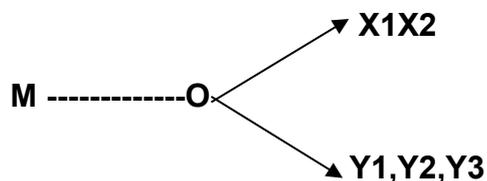
En la presente investigación se utilizó el método inductivo, ya que se inició con el análisis de los criterios que se vienen utilizando para fijar el monto de las indemnizaciones al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete, luego se procedió a realizar un estudio de las causas más comunes que generan la separación de los cónyuges para luego analizar y establecer las que correspondan ser evaluadas para determinar el monto de la indemnización que es materia de análisis.

⁴ Murillo, W. (2008). La investigación científica. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos15/investigacion/investigacion.shtm>

⁵ HERNANDEZ SAMPIERI, R, FERNANDEZ COLLADO, C, BAPISTA LUCIO, P (2010) Metodología de la Investigación. México. Mc Graw Hill. P. 80

b) DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.

El diseño de la presente investigación es retrospectivo, transversal y descriptivo:



Donde:

M	→	Muestra
O	→	Observación de la muestra constituida por los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en los años 2012- 2013.
X	→	Observación de la variable dependiente cuantificación de indemnización
Y	→	Observación de la variable dependiente cónyuge perjudicado con el divorcio por la causal de separación de hecho.
Y1	→	Observación de la variable independiente causas que ocasionaron la separación de los cónyuges.
Y2	→	Observación de la variable independiente condición personal y económica del cónyuge perjudicado.
Y3	→	Observación de la variable independiente actividad laboral del cónyuge

1.6.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN

a) POBLACIÓN

Para el desarrollo del presente trabajo se ha tomado como población 160 procesos de divorcio por la causal de separación de hecho que han sido

tramitados en los Juzgados de Familia y Mixtos del Distrito Judicial de Cañete durante los años 2012-2013⁶.

b) MUESTRA

La muestra utilizada en la presente investigación se encuentra comprendida por 130 procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en los Juzgados de Familia y Mixtos del Distrito Judicial de Cañete durante los años 2012-2013 y en los que se otorgó indemnización por daño al cónyuge perjudicado⁷.

En dichos procesos se observó que en las sentencias se precisó el motivo de la separación de los cónyuges con la finalidad de identificar al cónyuge perjudicado con la separación, sin embargo, no fue apreciado para la determinación del monto indemnizatorio.

En el siguiente cuadro se puede apreciar los criterios que adoptaron los magistrados en los procesos analizados⁸ con la finalidad de determinar el cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete, así como el monto indemnizatorio otorgado al cónyuge perjudicado.

Motivo de Separación	N° Procesos	Monto de Indemnización
Infidelidad	20	Entre S/ 1,000.00 – S/9,000.00
Violencia Familiar	19	Entre S/1,500.00 – S/3,000.00
Abandono del Hogar	85	Entre S/ 500.00 – S/10,000.00
Acuerdo entre cónyuges	6	S/ 500.00

⁶ Información brindada por los Juzgados de Familia y Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Cañete.

⁷ Información obtenida del análisis de las Sentencias emitidas por los Juzgados de Familia y Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Cañete.

⁸ Sentencias emitidas por los Juzgados de Familia y Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Cañete.

Condición socioeconómica del cónyuge perjudicado	N° de Procesos
Alta	6
Media	88
Baja	36

Actividad Laboral de cónyuge perjudicado	N° de Procesos
Ama de Casa	102
Profesional Técnico en ejercicio	28

1.6.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS

a) TÉCNICAS

Las Técnicas que se han utilizado para el levantamiento de la información son:

a) Documental: se recabó las sentencias emitidas en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en los Juzgados de Familia y Mixtos de Cañete durante los años 2012- 2013 en el Distrito Judicial de Cañete.

b) Encuesta: El tipo utilizado es el Cuestionario que ha sido dirigido a Abogados de la especialidad de civil y familia que realizan labor en el Distrito Judicial de Cañete incluyéndose a jueces y fiscales de familia del mismo

Distrito Judicial, a efecto de establecer los criterios para cuantificar el daño moral del cónyuge perjudicado.

b) INSTRUMENTO

Se elaboró un cuestionario de preguntas, en su mayoría cerradas, dirigido a abogados de la especialidad de civil y familia que realizan labor en el Distrito Judicial de Cañete, así como a magistrados (jueces y fiscales de familia) con la finalidad de obtener de manera directa el criterio que vienen aplicando o al que se adhieren respecto a la cuantificación de la indemnización que se otorga al cónyuge perjudicado con el divorcio por la causal de separación de hecho.

c) VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS EMPLEADOS.

No se encontró instrumento nacional o internacional que haya sido validado y pueda ser utilizado en la presente investigación, por lo que ha sido elaborado por el autor y obtiene validez y confiabilidad, al ser sometido a juicio de tres expertos con grado de Magister en la Especialidad de Derecho Civil y Comercial.

d) PLAN DE RECOLECCIÓN Y PROCESAMIENTO DE DATOS

El instrumento fue aplicado a 130 abogados litigantes, jueces y fiscales de Familia, así como Jueces Superiores del Distrito Judicial de Cañete, a quienes se les entregó el cuestionario con 13 preguntas en su mayoría cerradas. Los datos obtenidos fueron ingresados al Software SPSS versión 22, obteniéndose los resultados que se detallan en el capítulo respectivo.

1.6.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

a) JUSTIFICACIÓN

La entrada en vigencia de la Ley N° 27495 que incorporó al Código Civil el artículo 345° -A, y dispuso el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho,

generó una serie de opiniones entre abogados y operadores de justicia. Por un lado, un sector opinaba que aquella indemnización debía ser equiparada a la indemnización por responsabilidad extracontractual prevista por el artículo 1969 y siguientes del Código Civil; y otro afirmaba que era distinta a la responsabilidad contractual y extracontractual y debía ser equiparada con la responsabilidad prevista en el Derecho de Familia.

Dichas vertientes generadas por una inadecuada interpretación de la norma en mención, causó que a nivel judicial se emitan sendas sentencias en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, estableciéndose - en su mayoría -, que la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil correspondía ser analizada conforme a las normas que regulan la responsabilidad civil prevista en el Código Civil, que el daño moral del cónyuge perjudicado se sustentaba en la “supuesta” frustración al proyecto de vida o proyecto de vida matrimonial del cónyuge que sufrió el abandono y, que el monto de la indemnización al cónyuge perjudicado era graduado, sin mayor sustento, que el criterio equitativo del Juez conforme a lo que dispone el artículo 1332 del Código Civil⁹.

En ese sentido, se tiene que alegándose el criterio equitativo y prudencial del magistrado – el mismo que puede depender y/o variar por diversos factores como la edad del magistrado, sexo, estado civil, religión, entre otros-; en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, que han presentado las mismas causas de separación (infidelidad, abandono del hogar conyugal, violencia familiar), se han venido expidiendo sentencias con pronunciamientos discordantes, fijándose en algunos procesos montos indemnizatorios a favor del cónyuge perjudicado en la suma de S/ 500.00 y en otros se ha fijado hasta la suma de \$ 30,000.00 (CAS N° 3973-2006-Lima, del cual se puede apreciar que el Juez del proceso en primera instancia otorgó a favor de la cónyuge perjudicada una indemnización por daño moral en la suma de \$ 100,000.00, y revisada la sentencia por la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, se disminuyó dicho monto en la suma de

⁹ Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

\$30,000.00, habiéndose sustentado dicho monto en la existencia de daño moral por frustración al proyecto de vida de la esposa).

Ante ésta problemática suscitada a partir de la vigencia del artículo 345-A del Código Civil, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, con fecha 18 de marzo del 2011, expidió el Tercer Pleno Casatorio Civil contenido en la Casación N° 4664-Puno, seguido por René Huaquipaco Hanco, contra Catalina Ortiz Velazco, sobre Divorcio por la causal de separación de hecho, precisando en su fundamento 74 que la indemnización por daño moral que se halla comprendida dentro del daño a la persona, debía establecerse por el Juez con criterio equitativo, en monto justo que no sea simbólico o irrisorio que implique un simple reproche a una conducta, o en monto que signifique un enriquecimiento justo que ocasione el cambio de vida del cónyuge, tampoco un mínimo ni un máximo, debiéndose encontrar acorde con el caso concreto y las circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación del hogar y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar alimentos, la duración del matrimonio y de la vida en común, las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes; la gravedad del daño moral, entre otros¹⁰; siendo que para justificar un mayor monto indemnizatorio la parte que alega el perjuicio debía probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación.

Estas pautas fijadas en el Tercer Pleno Casatorio Civil al que se ha hecho referencia, no han cumplido con su finalidad de unificar criterios y colaborar en la labor de los magistrados al momento de fijar el monto indemnizatorio por concepto de daño moral (que incluye el daño personal) del cónyuge perjudicado con el divorcio por la causal de separación de hecho, pues si bien se ha enunciado algunos criterios que pueden ser considerados para determinar la existencia de daño moral del cónyuge perjudicado, no se ha analizado y menos establecido pautas y/o criterios que sirvan para determinar el monto indemnizatorio, lo que trae como consecuencia que hasta la fecha se

¹⁰ Fundamento 74

sigan emitiendo sentencias en las que no se sustente y/o justifique el monto indemnizatorio por daño moral otorgado, y pese a que los procesos presentan las mismas causas de separación, los montos indemnizatorios fijados son desiguales, lo cual, causa malestar a los justiciables quienes no encuentran amparo a su reclamo y ven disminuidas sus expectativas respecto al resarcimiento del daño personal que han sufrido a consecuencia de la separación y consecuente divorcio.

Por ello, considerando que la indemnización a la que se refiere el artículo 345-A del Código Civil, tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho así como de los hijos, lo cual, conforme se ha venido analizando, en algunos procesos, no se viene efectuando, resulta pertinente establecer criterios que permitan determinar el monto de la indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, de modo que exista uniformidad en todos los procesos sin que se dependa únicamente de la equidad del magistrado.

b) IMPORTANCIA

Los criterios que se proponen aplicar para la cuantificación de la indemnización analizada, permitirá establecer bases objetivas que podrán tener en consideración los magistrados al momento de analizar y fijar el monto indemnizatorio otorgado al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, de modo que se logre a nivel judicial el otorgamiento de indemnizaciones en sumas dinerarias que se encuentren acorde con el daño moral sufrido por el cónyuge perjudicado con la separación de hecho, lográndose de éste modo cumplir con la finalidad prevista en el artículo 345-A del Código Civil cual es velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado con la separación así como la de sus hijos.

Por otro lado, con la propuesta planteada se procurará que los magistrados realicen una adecuada evaluación de los hechos expuestos por las partes en la demanda y contestación de demanda, buscando, de ser necesario, la actuación

de medios de prueba de oficio que permitan acreditar el daño personal sufrido por el cónyuge perjudicado, de modo que el monto indemnizatorio fijado en la sentencia se encuentre debidamente sustentada.

c) LIMITACIONES

Durante la presente investigación se encontraron las siguientes limitaciones:

- No se logró encontrar antecedentes de índole nacional que permitan conocer estudios anteriores que sobre el tema se haya realizado en nuestro país.
- No fue posible aplicar el instrumento en el plazo programado debido a las labores profesionales que realiza el autor y el tiempo de los abogados que desarrollaron el instrumento.
- Hubo dificultad para la obtención de la bibliografía utilizada para la presente investigación, dado que la provincia de Cañete (donde radica la autora) no cuenta con biblioteca especializada en Derecho y Metodología de Investigación.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Se ha encontrado como antecedente de la presente investigación lo siguiente:

Antecedentes Internacionales:

- PIZARRO WILSON, Carlos, en su investigación denominada “LA CUANTIA DE LA COMPENSACION ECONOMICA”, publicado el 1 de Julio 2009, en la Revista de Derecho- VOLUMEN XXII N° 1, Páginas 35-54. Luego de realizar una análisis sobre la cuantificación de la Compensación Económica en la doctrina chilena y las Cortes de Apelaciones de Rancagua, Antofagasta, Concepción y Santiago de la República de Chile, concluyó que la existencia y cuantía del menoscabo económico debe fijarse en atención a tres pautas:

1° Evaluar el trabajo doméstico realizado por la/el cónyuge perjudicado, si se sacrificó por dedicarse al hogar y al cuidado de los hijos, siendo que para estimar este aspecto en dinero, deberá valorizarse el trabajo tareas, a lo que debe agregarse el costo de oportunidad según las cualidades profesionales o aptitudes para el trabajo del cónyuge demandante, o si el cónyuge requirente

carecía de estudios, tenía 20 años y quedó embarazada, dedicándose al hogar, sólo deberá contemplarse como base de cálculo la valoración del trabajo doméstico. Una vez fijada la base del cálculo deberá multiplicarse por los años durante los cuales se efectuaron las tareas causantes del menoscabo económico. Luego, determinada esta cifra, procede realizar una deducción del 13% equivalente a la cotización obligatoria por concepto de jubilación. La suma que arroje constituye en su integridad compensación, pues habría sido el ahorro previsional del requirente.

2° El régimen económico del matrimonio, si están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, habrá que determinar si el cónyuge demandante habría o no renunciado a los gananciales, pues el cálculo de sus ingresos constituiría patrimonio reservado. En las hipótesis de separación de bienes y participación de gananciales, el régimen patrimonial no sería relevante, salvo en cuanto se considere la situación patrimonial. Estos cálculos pueden padecer variaciones durante el período de tiempo a aplicarse, ya sea porque hubo cambios en el régimen económico, que el requirente trabajó a tiempo parcial o por períodos discontinuos, etc.

3° Se aplica las circunstancias correctoras del artículo 62 (de la Ley de Matrimonio Civil de la legislación chilena) que deberán ponderarse por el tribunal respectivo. Estos criterios podrán significar un aumento o una disminución de la compensación, debiendo relacionarse unos con otros, en la medida que fueren aplicables. Todos ellos, sin excepción, deben considerarse para mensurar la intensidad del menoscabo y sacrificio del cónyuge requirente durante el período que justifica la procedencia de la compensación. En esta fase la prudencia judicial tendrá un papel protagónico e insoslayable. Ya se sabe que no se trata de una lista cerrada, pudiendo el tribunal considerar otros factores no previstos en la ley.

- El CODIGO CIVIL ESPAÑOL aprobado por Real Decreto de fecha 24 de julio de 1889 reguló en su artículo 97° la denominada Pensión Compensatoria precisando que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un

desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, siendo que a falta de acuerdo entre los cónyuges respecto del monto el Juez determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancia relevante.

- La LEY N° 19.947 NUEVA LEY DEL MATRIMONIO CIVIL vigente en Chile desde el 17 de Mayo del 2004, reguló la Compensación Económica en su artículo 62° señalando que para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Antecedentes Nacionales

- No se han encontrado antecedentes a nivel nacional.

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. DIVORCIO.

2.2.1.1. Concepto.

El término “divorcio” comprende dos definiciones: divorcio vincular (conocido como absoluto) y divorcio personal (denominado en la dogmática como relativa). Por el primero entendemos que disuelve el vínculo jurídico creado por el matrimonio; mientras que el segundo autoriza a los cónyuges a vivir separados sin que ninguno de ellos readquiera la aptitud nupcial, no hablamos de una extinción del matrimonio, sino de la suspensión de alguno de sus efectos, principalmente de la vida común.

El divorcio, denominado también divorcio vincular, divorcio *ad vinculum*, divorcio absoluto, es aquella institución establecida en la ley para dar término, en virtud de causas que se enumera, al matrimonio contraído por los cónyuges, dejándonos en condición de que puedan contraer nuevas nupcias.

Carmen Julia Cabello¹¹, respecto al Divorcio señala que a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nupcias.

2.2.1.2. CLASES.

- **Divorcio Absoluto:** Es conocido también como divorcio vincular, y consiste en la disolución total, definitiva y perpetua del nexo conyugal.

La mayoría de países del mundo reconocen y permiten en sus legislaciones este tipo de divorcio, en cambio hay otros que se limitan únicamente a la separación de cuerpos y hay un tercer grupo que admite las dos formas, entre ellos el Perú.

¹¹ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia (2003). “Divorcio ¿Remedio en el Perú?”. En: Derecho de Familia. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas. p. 115.

- **Divorcio Relativo:** Es conocido como separación de cuerpos y, en palabras de MALLQUI¹² consiste en una relajación del vínculo conyugal, en virtud de la cual los esposos se separan del lecho y la habitación, cesan los deberes matrimoniales, pero el vínculo legal subsiste y los esposos no pueden volver a casarse.

Considerando el texto descrito por el Código Civil, el término divorcio al que nos referiremos en la presente investigación, es el referido al divorcio vincular o divorcio absoluto.

2.2.1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO

Respecto a la naturaleza jurídica del Divorcio, tenemos dos grandes corrientes que de acuerdo a su postura, nos explican el fin del Divorcio. Así corresponde estudiar la Tesis: antiodivorcista y divorcista.

a) Tesis Antiodivorcista:

Los defensores de esta tesis consideran al matrimonio como una sociedad de por vida, por tanto, sustenta la tesis de su indisolubilidad, cerrando el paso al divorcio y obligando a los cónyuges a mantenerse unidos, aun cuando en la práctica se haya destruido la relación. Recusa el divorcio y está sustentada en la doctrina sacramental, la sociológica y la paterno filial. Esta doctrina acepta sólo la separación de cuerpos por causas sumamente graves, pero no autoriza el divorcio con carácter definitivo.

En lo que respecta a la doctrina sacramental, importante destacar que no se puede confundir el matrimonio religioso o canónico con el matrimonio civil: el primero puede ser considerado indisoluble por cuanto supuestamente, quien une a los cónyuges es Dios; el segundo, sí debe ser susceptible de disolución, al menos en ciertos casos, ya que en principio dicho matrimonio surge en virtud de la ley; y además, como ya se ha expresado antes, no se puede pretender que todos los matrimonios sean eternos, aun cuando ello sería lo ideal.

¹² MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. (2001) Derecho de Familia. Lima: Editorial San Marcos.. p. 491

Por otro lado, la doctrina sociológica, parte de la idea de que la familia es un presupuesto indispensable para la existencia de la sociedad, estimando al matrimonio como una institución que garantiza no sólo la existencia y permanencia del grupo familiar, sino también de la misma sociedad.

Además, pregona que el divorcio es una especie de cáncer que destruye no sólo el vínculo conyugal, sino también con él, a la familia como célula vital de la sociedad. Por consiguiente, ésta tiene derecho a defenderse desconociendo su existencia pues lo contrario significaría el reconocimiento jurídico de su propia destrucción, lo cual evidentemente significaría que lleve con sí la vía hacia su propia extinción.

La doctrina paterno-filial sostiene que el divorcio es una institución perjudicial no sólo para el cónyuge inocente, sino también para los hijos, pues es sobre ellos que recaen los efectos y se evidencian los estragos de la frustración a la unidad familiar ansiada.

b) Tesis Divorcista:

Pugna que el matrimonio no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales, sino que viene a ser la unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligarlos a mantenerse unidos, cuando dicha unión matrimonial ha fracasado. Así, una pareja puede divorciarse, sólo cuando el juzgado haya comprobado que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, para los hijos y, con eso, también, para la sociedad.

Varsi Rospigliosi¹³ sostiene que nuestro Código Civil percibe una tendencia antidivorcista, debido a los siguientes elementos disuasivos para iniciar el proceso de divorcio:

¹³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. p 12-14.

- Debe existir una causal, que se configure en un incumplimiento de los deberes del matrimonio por culpa de uno de los cónyuges.

- Para optar por la separación convencional deben pasar dos años de la celebración del matrimonio; no procede el divorcio por mutuo acuerdo.

- La conversión de la separación de cuerpos en divorcio procederá a los seis meses (actualmente son dos meses) de haberse expedido la sentencia.

- Las causales son para la separación de cuerpos, pero aplicables también para el divorcio. Ello procura o pretende que el cónyuge culpable recapacite y, si no lo hace, que el cónyuge agraviado lo perdone.

2.2.1.4. TENDENCIAS JURÍDICAS:

La Doctrina Nacional, nos hace conocer dos tendencias:

a) DIVORCIO SANCIÓN: Se conceptúa como el castigo que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio, fundándose en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales imputados a uno o ambos cónyuges¹⁴.

Luis Díez – Picazo y Antonio Gullón¹⁵ han señalado:

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 este, 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 diamantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares.

¹⁴ PERALTA, Javier. (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Cuarta Edición, Lima: Idemsa. p. 348.

¹⁵ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. (2001). Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones. 7ª Edición, Segunda Reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos, p. 115-116

b) DIVORCIO REMEDIO: Propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el de establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperar que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio. Se sustenta: a) la ruptura de la vida matrimonial o en el principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente demostrable, esto es, que no requiera de tipificación de conducta culpable por parte de uno o ambos cónyuges. b) la existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial, por lo que se desecha la determinación taxativa de causales y su probanza. c) La consideración de que la sentencia de divorcio es el remedio para solucionar una situación insostenible: -el conflicto matrimonial¹⁶.

2.2.1.5 CAUSALES DE DIVORCIO.

El artículo 333° concordante con el artículo 349° del Código Civil regula las siguientes causales de separación de cuerpos y divorcio:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

¹⁶ PERALTA ANDIA, Javier Orlando. (2002). Derecho de Familia en el Código Civil. 3ra Edición. Lima – Perú: Idemsa. p. 308

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

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

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

2.2.2. SEPARACIÓN DE HECHO

La causal de separación de hecho fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 27495, publicada el 7 de julio del 2001, con el siguiente texto: “Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos: (...) 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335. (...)”.

2.2.2.1. DEFINICIÓN

El Diccionario Jurídico Omeba la conceptúa como aquella: “situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna lo imponga y ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos”¹⁷

La separación de hecho constituye una causal no culposa sustentada en uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio: la vida en común. Se presenta como el incumplimiento del deber que los cónyuges tienen en compartir el lecho, techo y mesa. Esta causal es de orden objetivo al demostrar un hecho real y directo: la falta de convivencia por un plazo determinado e ininterrumpido. Se presenta como una fórmula necesaria para incorporar la

¹⁷ LAGOMARSINO, Carlos, “Separación de hecho”. En: Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXV, Buenos Aires: Ediciones Omeba, p. 410-413.

teoría del divorcio remedio por la propia realidad social, familiar, económica y política que vive hoy nuestro país¹⁸.

Según Alex Plácido¹⁹, es el estado en el que se encuentran los cónyuges, sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno de los esposos.

La Separación de Hecho consiste en la constatación fehaciente que debe hacer el juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos por apartarse uno del otro, dejando de lado el deber marital de convivencia y de la vida en común²⁰.

Se puede hablar de dos tipos de separación de hecho: de común acuerdo, cuando los cónyuges acuerdan y deciden ambos separarse o por voluntad unilateral, en donde uno de los cónyuges, voluntariamente y sin anuencia del otro, se sustrae a los deberes conyugales. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende, que resulta suficiente que por los menos uno de ellos, deba mantener la decisión de no convivir. Este elemento subjetivo se suma, entonces, al hecho objetivo de la separación para conformar los dos elementos indispensables que requiere la separación de hecho sin voluntad de unirse para posibilitar el divorcio vincular²¹

Los sistemas legislativos que admiten la separación de cuerpos (o el divorcio) por voluntad unilateral alegando causa legal consideran la existencia de causas subjetivas y causas objetivas que pueden ser invocadas en la demanda. El sistema tradicional de causas subjetivas busca determinar la culpabilidad de uno de los cónyuges, o incluso de ambos, como responsables de la ruptura de la convivencia matrimonial. (...) El sistema de causas objetivas

¹⁸ VARSÍ, Enrique. (2011). Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y Uniones Estables Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera Edición. P. 353.

¹⁹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2001) Divorcio. Lima. Gaceta Jurídica. p 83.

²⁰ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. (2001). La Separación de Hecho como causal de separación de cuerpos y Divorcio. Tomo 92. Lima: Publicación mensual de Gaceta Jurídica. p. 78.

²¹ AZPIRI, Jorge O. (2005) , "Juicio de divorcio vincular y separación personal", Ed. Hammurabi, p.132

no trata de indagar la culpabilidad de los cónyuges, sino de constatar la ruptura de la vida en común, el fracaso del matrimonio, preocupándose de constatar sólo que la ruptura es definitiva, no motivada por cualquier dificultad pasajera. Por esta razón, el hecho decisivo se sitúa en el sistema objetivo, esto es en el de esa ruptura. El tiempo es la medida de la ruptura, pues conforme es más prolongada la falta de convivencia, la ley prevé que será más difícil la reconciliación²².

2.2.2.2 NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la causal, es la de ser una causal objetiva, es decir 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.

La doctrina nacional es coincidente en considerar que en la separación de hecho lo que se requiere es que exista incumplimiento al deber de cohabitación, no importando el incumplimiento de los demás deberes que nacen del matrimonio como son el deber de asistencia mutua y fidelidad o de alimentación y educación de los hijos, sin embargo, podrán ser considerados para la fijación de un importe indemnizatorio.

Desde la concepción del divorcio-remedio, la causal de separación de hecho, lo que realmente se pretende más que buscar culpables, es fundamentalmente salvaguardar o remediar una situación real y concreta de alejamiento fáctico de los cónyuges.

No obstante a lo señalado, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, admite implícitamente el análisis de las causales que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la habitación 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 perjudicado con la separación, en tal situación, el

²² PLACIDO, Alex.(2008). Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil. Diálogo con la Jurisprudencia. Primera Edición Lima: Gaceta Jurídica.p.31-32

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 de resarcir. (Fundamento 34 del Pleno Casatorio Civil).

2.2.2.3. ELEMENTOS:

La doctrina nacional nos hace conocer los siguientes elementos:

1. Elemento objetivo o material, que consiste en el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), en el cese efectivo de la convivencia en forma permanente y definitiva; cuya evidencia es el apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes.

Debe considerarse que en algunos casos pese a que los cónyuges no realizan vida en común, se ven obligados – ya sea por razones económicas o por los hijos - a vivir en el mismo domicilio, así los hechos, la separación de hecho debe ser considerada como una abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales.

2. Elemento subjetivo o psíquico, que es la intención o voluntad cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, sin que una necesidad jurídica lo imponga.

En los casos en que la separación se produzca por razones laborales, de salud, estudio, no se configura este elemento, en el entendido que la separación se produjo por causas externas a la voluntad del cónyuge, sin embargo, habiendo cesado estas causas justificatorias, el cónyuge decide no regresar al hogar familia, el elemento subjetivo se configura desde la fecha en que el cónyuge se niega a retornar

3. Elemento temporal, que es el transcurso ininterrumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de conviven-

cia. En nuestra legislación se ha fijado dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, cuatro años, si los tienen.

Si bien la norma no señala que pueda sumarse plazos independientes, debe entenderse que tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

2.2.2.4. CÓNYUGE PERJUDICADO

De conformidad con el criterio establecido con el carácter de vinculante por la Corte Suprema, para determinarse la existencia del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de hecho, se debe considerar las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de los 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.

Si los hechos han sido alegados con posterioridad a la fijación de puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre los hechos, debiendo ser considerada como prueba inmediata en caso de que la prueba haya sido presentada con posterioridad a la audiencia de pruebas, todo ello sin perjuicio de que el juez disponga la actuación de medios probatorios de oficio que tengan por finalidad identificar al cónyuge perjudicado.

Según sostiene la Corte Suprema, de esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con las normas del Derecho

de Familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el arco del Estado Democrático y Social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la familia monoparental que resulta como consecuencia del divorcio. (Tercer Pleno Casatorio ultima parte del segundo párrafo del Fundamento 87).

2.2.3. INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO

La indemnización es una compensación genérica para reequilibrar o restablecer una situación desfavorable patrimonialmente: “Se trata de una prestación [la indemnizatoria] que apunta a la reintegración, no tanto del patrimonio (globalmente considerado), cuanto sí del bien específico (autónomamente considerado)²³.”

Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnizaciones en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero se aplica para los casos de 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 le ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo se refiere al divorcio remedio incorporado por la Ley N° 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria.

Ley N° 27495 que incorpora la separación de hecho como causal de divorcio (inciso 13 del artículo 333° del Código Civil), regula que: “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”.

²³ Citado por MORALES HERVIAS, Rómulo, Resarcimiento del Daño Moral y del Daño a la persona vs Indemnización del Desequilibrio Económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio. DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA N° 153. Lima Perú: Gaceta Jurídica. p. 47

Mediante esta Ley, el código peruano consagra de manera expresa la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la separación. No obstante, existe un sector de la doctrina que rechaza esta posibilidad, pues se aduce que implicaría lucrar con la deshonra, sin embargo, esta posición ha sido contestada bajo el argumento de que los hechos que pueden dar lugar a la separación, pueden ser circunstancias que se han generado por violar obligaciones derivadas del matrimonio. En este sentido, si estos hechos, además de ser ilícitos ocasionan un daño al otro cónyuge, dan lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar. Estos fundamentos sirvieron de la base a la opción asumida por el código nacional.

Esta posición asumida por nuestra legislación, guarda relación con la segunda parte del artículo 4° de nuestra constitución que se refiere a la familia, al matrimonio y a su protección, pues si bien el matrimonio civil puede terminar por el divorcio o la muerte de alguno de los cónyuges, por otro lado dado la gravedad de las consecuencias de la separación y disolución del matrimonio, la constitución exige que las causas se hayan establecidas en la ley, a fin de evitar abusos en la disolución de las familias y para defender, en lo posible, su unidad y permanencia.

2.2.3.1. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil, existen diversas posiciones, como las siguientes:

a) Naturaleza Jurídica Alimenticia

Debe reconocerse que la analizada indemnización cumple en cierta forma un propósito asistencial propio de los alimentos, sin embargo, debe atenderse a que no se debe de considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital. En principio no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no puede ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales están vinculados al deber de socorro y se fijan con base

en las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas del alimentante²⁴.

Similar sustento jurídico se ha establecido en el artículo 482 del Código Civil peruano: “La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla (...)”, ella no puede ser calificada, como tal. Principalmente porque no es un presupuesto para la indemnización que el cónyuge beneficiario carezca de medios suficientes para su subsistencia; además el perjuicio económico no es necesariamente sinónimo del estado de necesidad. El beneficiario de la indemnización puede tener medios e igualmente concluirse que el término del matrimonio le causó un perjuicio, siendo procedente la indemnización.

b) Naturaleza Jurídica de Reparación Civil

Entre las posturas doctrinales esbozadas en el derecho comparado sobre el instituto en análisis, están aquellas que buscan asignarle o atribuirle una naturaleza jurídica de tipo de responsabilidad civil y en particular de tipo extracontractual. Así, de la revisión del sistema jurídico peruano, se advierte que este enfoque sería la posición jurídica al que se ha venido adhiriendo un gran sector de la doctrina y jurisprudencia nacional, en virtud del cual se sostiene y fundamenta que la indemnización alojada para el supuesto de la separación fáctica de los cónyuges es identificada con un tipo de responsabilidad civil en sentido estricto.

Esta es la posición dominante en la doctrina nacional²⁵, en virtud del cual se sostiene que la indemnización examinada es llanamente identificada con un tipo de responsabilidad civil en sentido estricto. Específicamente, se le suele asociar con la responsabilidad civil extracontractual, y por ello está sujeta a

²⁴ PIZARRO WILSON, Carlos. (2004). La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil. P.. 87.

²⁵ MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZÁLES Alfonso, (2003). En: Código Civil Comentado, Tomo II, Primera parte, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica. p. 578. ORSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. En: Responsabilidad Civil derivado del divorcio. www.castillofreyre.com. ARIAS-SCHREIBER, Max, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo VII, Derecho de Familia, 3ª. edición, con la colaboración de Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA, Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

cada uno de sus elementos característicos; como es la antijuricidad, el daño, relación de causalidad y factores de atribución.

Al respecto, en la doctrina nacional el reconocido profesor Leysser León²⁶ ha sostenido atinadamente que:

Las anomalías detectadas son típicas –hay que saberlo– cuando los actos que generen responsabilidad civil tienen como escenario la familia. Otrora, hasta era común pensar que cuando los protagonistas de una causa por daños y perjuicios pertenecían a una familia, este solo hecho determinaba que las reglas de responsabilidad civil fueran aplicadas diversamente, o que no se aplicaran, inclusive. En la actualidad, por el contrario, se promueve una renovada concepción de las relaciones entre la tutela resarcitoria y la familia.

Muro Rojo y Rebaza Gonzales²⁷ quienes remitiéndose a lo manifestado por el jurista Julio César Rivera, han sostenido que:

En adición a lo expuesto, es preciso tener en cuenta los siguientes aspectos. En primer lugar, los cónyuges tienen derecho a la indemnización de los daños, tanto materiales como morales, en la medida en que guarden relación de causalidad con los eventos que dieron origen a la separación. Asimismo, la indemnización se otorga como resultado de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido alguno de los cónyuges. En este sentido, no procede la indemnización en los supuestos en que la separación se hubiese producido de mutuo acuerdo, o cuando aquella tenga su origen en el hecho de un tercero (el mandato del juez, por ejemplo). De otro lado, debe tenerse presente que la responsabilidad a que venimos aludiendo es de naturaleza eminentemente extracontractual, aun cuando se tratara de la indemnización derivada de la disolución anticipada de la sociedad conyugal.

No obstante, es necesario hacer ciertas enmiendas, señalando que si bien en la institución analizada hay un menoscabo económico; esta no se identifica con un daño, sino con la inestabilidad del cónyuge que resulte perjudicado,

²⁶ LEON L, Leysser. (2007) “¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el ‘daño al proyecto de vida’ continúa inflando peligrosamente los resarcimientos”. Diálogo con la Jurisprudencia N° 104, Gaceta Jurídica. p. 81.

²⁷ MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso. (2007). Código Civil Comentado, Tomo II, 1a parte, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, 2a edición. p. 398.

como bien lo señala la norma peruana: “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos”, lo que implica un empeoramiento de la posición de uno de ellos para el futuro. La causa inmediata del deterioro económico es el divorcio, sin embargo su causa mediata y determinante son las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial. En la doctrina española Campuzano Tomé²⁸ afirma que: “tal derecho nace y es una consecuencia directa de la separación u divorcio” y agrega que :“hay que distinguir entre presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitar la pensión, dentro de los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la misma, incluyéndose aquí el fundamental desequilibrio económico; es en éste donde la relación matrimonial adquiere una importancia decisiva”. En este sentido se busca indemnizar al que más pierde con la ruptura del vínculo matrimonial generada por la separación de hecho, hasta ese momento latente.

c) Carácter Indemnizatorio.

Otra vertiente sostiene que tiene una naturaleza indemnizatorio, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo, siendo que para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial²⁹ En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil (en este caso extracontractual) y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

d) Carácter de Obligación Legal.

Otro sector importante de la doctrina es de la posición de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil, tiene el carácter de obligación legal, dado que la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequili-

²⁸ CAMPUZANO TOME, Herminia, (1994). La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio, Barcelona, Bosch. P. 26.

²⁹ ZANNONI, Eduardo A. (2012) Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo 2, p. 3.

brio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El carácter de obligación legal de esta indemnización se sustenta en la equidad y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

2.2.3.2 CONCLUSIONES DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

El Tercer Pleno Casatorio Civil, expedido con motivo de la Casación Número 4664-2010-Puno, de fecha 18 de marzo del 2011, concluyó con motivo de la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil:

54. 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 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" (...).

57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor Leysser León Hilario, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58.- (...) teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge. En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

Estando a lo expuesto, tenemos que por interpretación de la Corte Suprema de Justicia del Perú, la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil, que otorga una indemnización por daño personal al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de hecho, debe ser considerada como una indemnización de tipo legal que no tiene por finalidad resarcir o reparar daños, o igualar renta o patrimonios, sino la de equilibrar producido con la separación de los cónyuges.

2.2.3.3. LEGISLACIÓN COMPARADA

A nivel de legislación comparada, hemos encontrado que la indemnización prevista en el artículo 345- A del Código Civil, encuentra su par en legislaciones como Italia, España y Francia, siendo la indemnización prevista en la

legislación chilena la que más se asemeja a nuestro ordenamiento jurídico. Aquí analizaremos resumidamente la denominación y contenido de ellas.

- **MODELO FRANCES**

Se encuentra regulado por el artículo 270 del Code Civil con la denominación de *Prestation Compensatoire*, el tratamiento normativo de dicha figura ha sufrido una serie de modificaciones durante el tiempo.. Así, se aprecia que en el modelo francés la finalidad es básicamente compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida de ambas partes, en el momento mismo del divorcio, para su establecimiento se debe atender a las necesidades del acreedor y los medios del deudor, tomando en consideración la situación existente en el momento del divorcio y su evolución y en un futuro previsible, sin embargo dichas pautas no constituyen una enumeración exhaustiva, ya que el texto legal utiliza la expresión principalmente, lo cual deja abierta la posibilidad de análisis de otros criterios.

- **MODELO ITALIANO**

Se encuentra regulado por el artículo 129 del Codice Civile con la denominación de *Assegno di Divorzio*, su fundamento lo encontramos en el principio de solidaridad familiar que, según la mayor parte de la doctrina italiana, se extiende o perdura aún después de disuelto el matrimonio. No obstante, no podemos desconocer que inicialmente en este sistema jurídico, se pensó erradamente que tenía una naturaleza jurídica compensatoria o resarcitoria por daños.

Para su fijación, la citada norma señalaba los criterios que el Juez debía tener en consideración: el resarcitorio que, partía de la responsabilidad por el fracaso del matrimonio: el compensatorio, sobre la respectiva contribución personal de cada uno de los cónyuges a la conducción de la familia, y el asistencial, encaminado a tutelar la posición del cónyuge que como consecuencia de la di-

solución del matrimonio viniese a encontrarse en dificultades o en una peor condición por haber perdido el sostén, o se encontrase en una situación más desfavorable que la que tenía durante la convivencia matrimonial, sin hallarse en disposición de dedicarse a una actividad laboral³⁰.

- **MODELO ESPAÑOL**

Se denomina “pensión compensatoria” y se encuentra regulada en el artículo 97 del Código Civil Español que señala que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
2. La edad y estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

Se define “como aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre – debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial – en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y

³⁰ HOYA COROMNA, J, ANAUT ARREDONDO, S, La Pensión Compensatoria. Disponible en www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344079798?

dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal³¹.

- **MODELO CHILENO**

Se encuentra regulada por el artículo 61° del Código Civil con la denominación de Compensación Económica y viene a ser el resultado del proceso de reforma del derecho de familia y específicamente de aquellas particularidades derivadas del instituto del Matrimonio Civil. Estas nuevas situaciones se presentaron con ocasión de la dación de la nueva Ley de Matrimonio Civil, aprobada mediante Ley N° 19.947 para la doctrina chilena los motivos o razones que justifican la regulación de dicha figura, es que después del divorcio o la nulidad, ninguno de los cónyuges debería ver empeorada la posición económica, viéndose impedido de rehacer su vida autónomamente; sin embargo, el legislador planteó el caso que el cónyuge, durante el periodo del matrimonio se hubiera dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común y que como consecuencia de ello, no hubiera podido desarrollar una actividad remunerada o en su defecto que lo hubiera hecho en menor medida de lo que podía. Este generará justamente una disparidad de las condiciones que afecta uno de los cónyuges.

2.2.3.4 ALCANCES DE LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYPUGE PERJUDICADO

2.2.3.4.1 Desequilibrio Económico como consecuencia de la separación

El artículo 345-A del Código Civil establece “(...) 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.(...)”

³¹ CAMPUZANO TOME, Herminia. (1994). La Pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Barcelona Bosh .p 26.

Conforme a lo señalado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, la finalidad de la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil, no es resarcir daños sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial. Es decir, aquellos casos en que la Separación o Divorcio cause un desequilibrio económico en uno de los cónyuges en relación a la posición del otro, empeorando su situación económica de forma notable respecto a aquella de la que gozaba vigente el matrimonio. No se indemniza cualquier daño producido en la época de separación, sino el producido exclusivamente a consecuencia de la separación, así lo reconoce Luis Zarraluqui³² cuando señala “En lo que respecta a la relación de causa a efecto, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio – daño- haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría”

Este desequilibrio económico al que hace referencia la Corte Suprema de Justicia, ha sido también desarrollada por la legislación chilena, que establece que ésta situación entre los cónyuges puede entenderse como consecuencia de la dedicación, cuidado de los hijos y labores propias del hogar común, que impidió que uno de los cónyuges desarrolle una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o que solo se lo permitió realizar en menor medida de lo que podía o quería.

Por su lado, el ordenamiento jurídico Español establece que al cónyuge que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, siendo que para determinar su importe se tendrá en cuenta las pautas establecidas por el artículo 97 del Código Civil.

³² ZARRALUQUI SANCHE - ESNARRIAGA, L. (2005) La compensación económica en la nueva ley del Divorcio: su temporalización y su sustitución. <http://www.nuevodivorcio.com/compensatorio.pdf>

En nuestro ordenamiento jurídico, resulta importante entonces que como preámbulo al reconocimiento de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado, se determine por el Juez que como consecuencia de la separación de los cónyuges, uno de ellos quedó en desigualdad económica frente al otro, lo cual a mérito de la equidad y solidaridad familiar corresponde ser indemnizado.

2.2.3.4.2 Daños en el Derecho de Familia

Guillermo Cabanellas afirma que daño es: “el detrimento, pérdida, menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o caso fortuito”.³³

En los derechos subjetivos familiares mayor trascendencia el aspecto personal sobre el patrimonial, la importancia del ámbito personal ocasiona un especial consideración a la dignidad de la persona, de tal manera que la exigibilidad del cumplimiento de los derechos subjetivos familiares no puede colisionar con ella. En tal virtud, ese incumplimiento no se traducirá en procurar aquello que es debido, como ocurre en sede del Derecho Obligacional; salvo en los casos con repercusión patrimonial, como ocurre con el derecho alimentario. Por el contrario, el incumplimiento deberá ser apreciado en cuanto a la afectación de la dignidad de la persona y en ello radica el sustento de la mayor o menor extensión de la indemnización en los casos de responsabilidad civil familiar³⁴.

Osterling y Castillo Freyre³⁵ señalan que los deberes conyugales tienen un contenido extrapatrimonial y que, por lo mismo, no se trata de obligaciones civiles, los deberes familiares denotan la ausencia del elemento patrimonial y la preponderancia de los principios de orden moral. No obstante, ello no implica que no se pueda hablar de responsabilidad civil en los supuestos en los que el

³³ CABANELLAS. (1946). Diccionario de Derecho Usual, Primera Edición, Buenos Aires: Editorial Atalaya. p. 152.

³⁴ PLACIDO V. Alex F. (2001) Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Primera Edición. P.387.

³⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. (1994). Tratado de Obligaciones. Primera Parte, Tomo I Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 81 y 82.

incumplimiento de estos deberes reconocidos por ley, traiga consigo la producción de un daño.

Entonces, tenemos que en el Derecho de Familia el Daño debe ser ponderado considerando la afectación a la dignidad de la persona y la vulneración de principios de orden moral.

2.2.3.4.3 Daño a la Persona

Doctrinariamente, el daño a la persona es catalogado como la lesión a su integridad física, conllevando una lesión a su aspecto o integridad psicosomática mientras que para otros estudiosos de la materia, este daño se manifiesta en la frustración del proyecto de vida de la víctima, cobrando especial importancia esta apreciación, en razón que el ser humano, es el único que en ejercicio irrestricto de su libertad, puede trazar su proyecto de vida conforme a cierta escala de valores por él, internalizado.

Aníbal Torres Vásquez³⁶ señala que afecta al ser de la persona, único ente que goza de libertad que le permite trazar su proyecto de vida de acuerdo a cierta escala de valores.

La fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual debe estar debidamente acreditado. (...) En lo relativo a la frustración proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro³⁷.

Debemos considerar entonces que el daño a la persona se traduce en toda afectación al ser humano (físico y psicológico) que sea de tal magnitud que genere un detrimento en su ser.

³⁶ TORES VASQUEZ, Anibal. (2002). Código Civil Sexta Edición. Lima Perú: IDEMSA TEMIS. p. 966.

³⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo, (2013). Elementos de la Responsabilidad Civil 3º Edición. Lima Perú: Grijley. p.81

2.2.3.4.4 Daño Moral

Pazos Hayashida³⁸ señala que una de las instituciones que más discusión ha generado en los últimos tiempos ha sido el daño moral.

Tradicionalmente se ha considerado que hay dos formas de entender la categoría de daño moral. En un primer sentido, en estricto, el daño moral vendría a ser aquel que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos, valores. En otras palabras, es el sufrimiento que se puede generar a un sujeto manifestado en dolor, angustia, aflicción, humillación, etc. En un segundo sentido, en sentido lato, el daño moral sería todo daño extrapatrimonial. Se incluiría, de este modo, el daño moral en sentido propio y los demás daños extrapatrimoniales, como la integridad física o la salud. Este sentido es el que se utiliza en el sistema francés. Así también lo entiende la doctrina española³⁹.

De Trazegnies⁴⁰ señala que el daño moral viene a ser aquél que no tiene ningún contenido patrimonial (esto es, se utiliza la expresión en su sentido lato). Al englobar a todos los daños extrapatrimoniales, la inclusión del daño a la persona resultaría innecesaria por cuanto este último sería una subespecie del daño moral. Partiendo de esto, se discute la pretendida distinción entre los dos daños, concluyéndose que, al tener el daño a la persona un tratamiento similar y pertenecer al mismo campo del daño moral, no se justifica la subdivisión, debiendo considerarse como una sola figura.

Para Osterling Parodi el daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la persona o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica, (...) y, en cuanto a sus efectos, son

³⁸ PAZOS HAYASHIDA, Javier. (2005). Comentarios al Código Civil. Lima: Gaceta Jurídica. p. 283.

³⁹ DE ANGEL YAGÜEZ. (1993), Tratado de Responsabilidad Civil, Madrid: Civita. p. 172.

⁴⁰ TRAZEGNIES, Fernando de. (1990). La Responsabilidad Extracontractual, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual⁴¹.

Por daño moral, según sostiene Taboada⁴²:

Se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima” (...) la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos. (...) hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. Nos parece muy interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente.

La Corte Suprema de Justicia del Perú en la CAS. N° 949-95 ha señalado:

“El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus afectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual (...).⁴³

⁴¹ OSTERLING PARODI, F. (2005). Tratado de Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, p. 292.

⁴² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. (2003). Elementos de la responsabilidad civil. Lima, Segunda Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley. p. 64-70

⁴³ León, Leysser en Funcionalidad del “Daño Moral” e inutilidad del “Daño a la Persona” en el Derecho Civil Peruano. Disponible en dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art.57.PDF .

2.2.4. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL CÓNYUGE PERJUDICADO.

Valorar el daño es establecer su entidad cualitativa (aestimatio), Zavala de Gonzáles refiere al respecto “la valoración es esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras⁴⁴.

Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde equilibrar su repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos se debe proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización⁴⁵.

Valorar el daño supone indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas (o carentes de valor) en la subjetividad del damnificado que derivan dicha minoración, y una vez valorado corresponderá cuantificar la indemnización, determinando cuanto deberá pagarse para lograr alcanzar una justa y equilibrada reparación por el daño causado. El problema es más delicado, cuando nos encontramos frente a una materia de daño moral, pues falta aquí un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización pecuniaria.

Cuando una víctima sufre un daño moral, objetivamente la consecuencia en un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual, si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto culposo o doloso del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, lo que incrementa su padecimiento, es decir, actúa como agravante del daño.

Lograr un equilibrio y establecer límites claros a la procedencia de una indemnización, es un objetivo difícil de alcanzar. Por ahora, la solución se encuentra en analizar caso por caso las circunstancias, la magnitud del daño, si

⁴⁴ ZAVALA DE GONZÁLES. M. (1999) Resarcimiento De Daños Presupuestos Y Funciones Del Derecho De Daños, p 481.

⁴⁵ ASCARELLI “Obbligazione Pecuniaria”, (1980) Comentario del Codice Civile, Scialoja-Branca, Libro1, p.p 517 v 518.

hubo o no violación de un deber jurídico, si existió culpa o dolo, si el perjuicio pudo preverse o evitarse y los demás elementos que creamos necesarios para justificar una reparación.

En las indemnizaciones a consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial, se deberá tener en cuenta la incidencia del mismo daño moral en la persona del cónyuge inocente y su familia.

Cuando se ocasiona un divorcio, existen por una parte las compensaciones económicas otorgadas según la diferencia entre los niveles de vida de los cónyuges. Esta diferencia es producto de la capacidad desigual para obtener ingresos suficientes que les permitan vivir independientemente y sus causas no son imputables a ninguna de las partes. Por ejemplo, en caso de que uno de los cónyuges haya renunciado a un trabajo por cuidar a un hijo enfermo. Por otra parte están los menoscabos o perjuicios sufridos por uno de los cónyuges a causa de la separación por culpa del otro, como son los daños morales.

Mosset Iturraspe⁴⁶ afirma que los hechos antijurídicos que corresponden a las causales de divorcio son conductas queridas y deseadas por su autor y no simples descuidos, por lo que considera que el factor de atribución en la responsabilidad causada a consecuencia del divorcio, se produce solamente por el dolo.

Belluscio y Zannoni⁴⁷, en cambio, admiten excepcionalmente, al igual que Barbero, las acciones culposas no dolosas. Como ejemplo mencionan las injurias dichas sin animus *in iuriandi*, pero que suponen conductas que son incompatibles con los deberes conyugales.

Lo difícil y complejo de las relaciones conyugales determina, por consiguiente, la necesidad de adecuar la culpa y el dolo a situaciones graves, que no sólo comporten la violación de los deberes matrimoniales y un daño

⁴⁶ Citado por TRIGO REPRESAS, Félix A. (1991). Derecho de Daños. Buenos Aires: La Rocca. p. 656.

⁴⁷ BELLUSCIO, A. y ZANNONI. E. (1983). Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. p. 28

correlativo. Será, entonces, labor del juez determinar si en el caso concreto, además de la sentencia del divorcio y de sus consecuentes efectos punitivos —si se trata de un divorcio por culpa de uno de los cónyuges—, el cónyuge inocente debe ser resarcido.

2.2.4.1. Elementos de culpabilidad del cónyuge que ocasionó la separación

Escribano sostuvo, que la culpa en el divorcio y la culpa en la separación son dos culpas diferentes que pueden coincidir o no. De modo que podría un cónyuge ser inocente del divorcio pero culpable de la separación de hecho o inversamente, ser culpable del divorcio e inocente de la separación de hecho, o bien que exista culpa de un mismo cónyuge tanto en la separación como en el divorcio.⁴⁸

A). Indemnización por causa inculpatoria

Un aspecto que conviene aclarar, a efectos de entender bien la figura en estudio, es que en nuestro ordenamiento jurídico civil, adicional a la indemnización por separación de hecho, existen otros supuestos reparatorios como una consecuencia patrimonial del divorcio. Por ejemplo, aquella indemnización regulada en el artículo 351° del Código Civil, que nace como un efecto adicional a la pensión de alimentos que pudiera acaecer⁴⁹.

Es del mismo criterio la sentencia emitida en el III Pleno Casatorio Civil-, en donde se afirma que: “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 de 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 N° 27495, es decir, el divorcio

⁴⁸ ESCRIBANO, Carlos, “La culpa en el divorcio y la culpa en la separación de hecho” L.L.1988-D-1066.

⁴⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.(1999). *Derecho de Familia Peruano*. Lima. Gaceta Jurídica, p. 342

por causa no inculpatoria”⁵⁰. Sin embargo, a diferencia de la indemnización materia de análisis (que es fundamentalmente objetiva) su vital fundamento gira en torno a la concepción tradicional de divorcio-sanción, en virtud del cual se busca identificar a un cónyuge culpable y como consecuencia a uno inocente. Sobre el particular, un sector de la doctrina nacional ha sostenido que: “La compensación del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges”⁵¹.

De esta manera el legislador, en el supuesto antes descrito, le concede al “cónyuge inocente” una suma de dinero por el concepto de “reparación” respecto al concepto del daño moral; siempre y cuando se determine que el divorcio comprometa gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. No obstante, desde un fundamento y esquema totalmente distinto, en el derecho peruano mediante Ley N° 27495 no solo se adiciona la causal de separación de hecho, como sustento para petitionar el divorcio o separación de cuerpos, sino auxiliariamente se regula también la denominada: “indemnización en caso de perjuicio”, la que es independiente de la pensión de alimentos.

B. Indemnización por causa no inculpatoria

Dentro de los efectos patrimoniales del divorcio (o separación de cuerpos) por la causal de separación de hecho, el legislador nacional dispuso incorporar a tal supuesto, la figura jurídica inexactamente denominada “Indemnización en caso de perjuicio”, ordenada específicamente en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, el cual contiene el siguiente enunciado normativo:

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.

⁵⁰ Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil, versión PDF, p. 43.

⁵¹ PLÁCIDO, Alex. (2001). *El Divorcio*. Lima. Gaceta Jurídica, p. 36.

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.

De esta manera, se advierte que el legislador ha configurado a la citada indemnización como una medida inherente a los procesos de separación de cuerpos o divorcio, toda vez que la causal de separación de hecho que la origina es la misma para ambas situaciones jurídicas. Esta indemnización debe ser plasmada necesariamente en una sentencia, bajo un escrupuloso respeto al principio de rogación o a pedido de parte; es decir siempre y cuando esta sea peticionada; no obstante que un sector de la jurisprudencia viene incorrectamente declarándola de oficio⁵²

2.2.4.2 Pautas a seguir en la Cuantificación:

Podemos decir entonces que se debe observar los recaudos del daño resar- cible, con las características actuales que este presenta. Es sumamente impor- tante que haya un apego a las circunstancias del caso y a las particularidades del mismo dado que el Juez debe adecuar necesariamente las normas y los al- cances de la responsabilidad a las circunstancias de persona tiempo y lugar.

López Mesa señala que existen en principio dos posibilidades para una fun- damentación correcta: **a)** la que realiza el Juez respetando las particularidades de la víctima indicando como ellas influyen en la cuantificación de los daños por haber reducido o ampliado el impacto del daño (Fundamentación de base sub- jetiva) **b)** en la que el Juez indica que sumas han sido otorgadas por otros Tri- bunales en casos similares (Fundamentación de base objetiva) y considera que

⁵² Esta tendencia jurisprudencial se puede apreciar en el siguiente sentencia:“(…) en los casos de divorcio por separación de hecho los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado (…)”. Cas. N° 606-2003-Lima. Diario oficial *El Peruano*, del 1 de diciembre de 2003.

la posición que une características de ambos es la mejor cuantificación pues aleja el fantasma de la arbitrariedad cuantificadora⁵³.

En el modelo legal español el artículo 97 del Código Civil, señala que entre otras circunstancias que se debe apreciar al momento de determinar el monto de la compensación económica, se deberá atender a lo siguiente: “los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, la edad y estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”.

Para la doctrina jurídica predominante, los daños que produce el divorcio a los esposos no son debidos al divorcio en sí mismo, sino precisamente a los hechos ilícitos que sirven de fundamento a la declaración de culpabilidad de alguno de ellos.

Todos los hechos enumerados son ilícitos civiles que al afectar el patrimonio moral del cónyuge inocente, ponen en cabeza del culpable la obligación de resarcir el daño infligido al inocente.

El deber de indemnizar resulta del solo hecho de la violación en que se incurre por el incumplimiento de los deberes legales del matrimonio, no siendo necesario probar que tal vulneración ha producido daños íntimos en la persona, como ser pena, dolor, disgusto, etc

Entre los deberes conyugales destaca la fidelidad, que Roberto Brebbia⁵⁴ define como la lealtad y observancia de la fe que los esposos se deben entre sí, y que constituye un bien de contenido netamente extrapatrimonial. Al ser el adulterio el hecho más grave de violación de la fidelidad conyugal, el cónyuge

⁵³ Citado por GARRIDO CORDOBERA, Lidia M, La Cuantificación de Daños un debate inconcluso. <http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/la-cuantificacion-del-dano.-un-debate-inconcluso>.

⁵⁴ BREBBIA, Roberto H. (1950). *El daño moral*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 246.

que se sienta afectado podrá pedir la indemnización por el daño moral producido como consecuencia del hecho o los hechos violatorios de la fe conyugal.

También tenemos el deber del respeto mutuo que se deben ambos cónyuges lo que incluye el respeto a su integridad física y psicológica; en ese sentido, los actos de violencia familiar en cualquiera de sus modalidades va generar en la víctima (cónyuge) sentimiento de humillación y tristeza que también pueden ser resarcidos en el proceso de divorcio.

Por otro lado se tiene que al producirse la separación, uno de los cónyuges es quien queda en el hogar con la responsabilidad del cuidado de los hijos y del hogar, dicha carga a todas luces genera en el esposo/sa sentimientos de soledad al tener que asumir una responsabilidad que desde el inicio del matrimonio se proyectó mutua.

En ese sentido se tiene que para los efectos de fijar el quantum indemnizatorio como consecuencia del divorcio por la causal de separación de hecho, resulta necesario que se analice los motivos que generaron la separación de los cónyuges así como las circunstancias que rodearon el hecho, pues debe tenerse presente que en la mayoría de los casos los procesos de divorcio se sustentan en hechos con una data de más de 10 años y existiendo la errónea idea de que “el tiempo cura todo” no se realiza un adecuada evaluación de la indemnización prevista por la ley, cuando lo correcto es que considerando que la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, la evaluación del caso (hechos que sustentan la existencia del cónyuge perjudicado) debe partir de las causas que ocasionaron el desequilibrio económico.

2.3. DEFINICION DE TÉRMINOS BÁSICOS

- **Abandono de hogar conyugal:** se entiende por abandono la supresión de la vida en común, mediante el alejamiento o expulsión del cónyuge del domicilio conyugal, o el no permitirle el retorno, con descuido de los deberes resultantes del matrimonio, en especial del deber de cohabitar, sin existir causas que justifiquen dicha conducta.
- **Actividad Laboral:** a todas aquellas situaciones o elementos vinculados de una u otra forma con el trabajo, entendido este último como cualquier actividad física o intelectual que recibe algún tipo de respaldo o remuneración en el marco de una actividad o institución de índole social.
- **Cónyuge perjudicado:** Viene a ser cualquiera de las personas físicas que forman parte de un matrimonio y que a raíz de una causal de separación de hecho o de divorcio, sufre un daño que puede ser materia de indemnización por el otro cónyuge que es considerado culpable.
- **Cuantificación:** como el acto de convertir determinada información o datos en números o algún tipo de dato en forma de cantidad. La palabra cuantificar hace referencia justamente a la idea de cantidad, algo que puede ser contado, medido o medurado en términos numéricos y que por tanto puede conocerse de manera exacta y no aproximada o estimativa.
- **Daño a la persona:** Comprende las lesiones a la integridad física propiamente, la indemnidad psicológica y el proyecto de vida de la víctima. Es conocido también como daño subjetivo implicando el agravio a algunos de los derechos personalísimos como la vida, la integridad física, atentados contra el honor, la libertad personal, entre otros similares.

- **Daño moral:** Afecta la vida sentimental del ser humano, consistiendo en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, manifestando dicho estado anímico en el quebrantamiento de la paz y la tranquilidad del espíritu, existe consenso de otro lado, en que el daño moral aborda la afectación de aquellos sentimientos considerados socialmente dignos, legítimos, por tanto merecedores de tutela jurídica.
- **Desequilibrio económico entre los cónyuges:** miembro de la pareja que está en peor situación en el momento de la ruptura para rehacer su vida. Puede haber sido por haberse dedicado a la familia y dejar su trabajo o estudios, etc.
- **Divorcio:** Disolución legal de un matrimonio, a solicitud de uno o de los dos cónyuges, cuando se dan las causas previstas por la ley.
- **Indemnización:** Compensación económica que recibe una persona por un daño o perjuicio que ha recibido por daño causado en su agravio.
- **Separación de hecho:** La separación de hecho es una situación en la que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran, de hecho, viviendo de forma separada e independiente, sin que el matrimonio haya sido disuelto ni se encuentren en situación de separación matrimonial.

CAPÍTULO III:

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1. ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS

El instrumento utilizado en la presente investigación fue aplicado a 130 abogados litigantes que realizan labor efectiva en el Distrito Judicial de Cañete, incluyéndose a jueces y fiscales especializados en Derecho Civil y de Familia.

Analizado los resultados contenidos en el instrumento – cuestionario -, se ha procedido a detallarlos en las siguientes tablas y gráficos:

Tabla N° 01

¿Considera usted que en el Perú existe un criterio uniforme para cuantificar el daño personal de la indemnización del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

Criterio uniforme de indemnización	Frecuencia	Porcentaje
SI	19	14,6
NO	89	68,5
NO SABE	22	16,9
TOTAL	130	100%

Fuente: Elaboración propia

El 68.5% de los encuestados considera que no existe un criterio uniforme para cuantificar el daño personal y la indemnización del cónyuge perjudicado en todo el Perú.

Gráfico N° 01



Tabla N° 02

¿Existe algún criterio por el cual se fije un monto mínimo para cuantificar el daño personal de la indemnización por daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

¿Existe criterio de monto mínimo?	Frecuencia	Porcentaje
SI	16	12,3
NO	94	72,3
NO SABE	20	15,4
Total	130	100,0

Fuente: Elaboración propia

El 72.3% de los encuestados opina que no existe un criterio que fije el monto mínimo para cuantificar el daño personal de la indemnización.

Gráfico N° 02

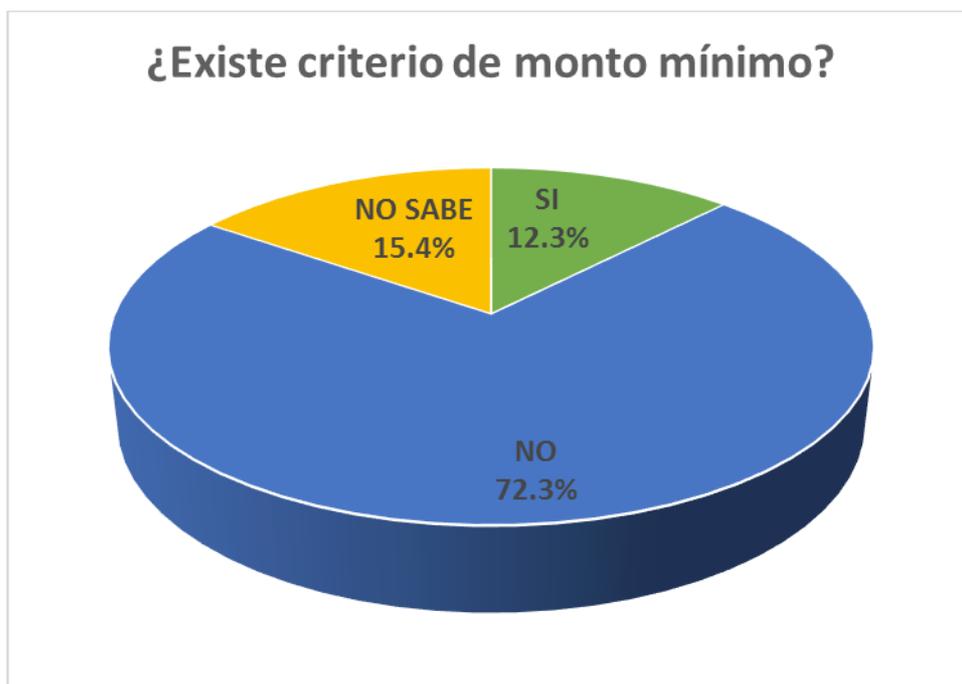


Tabla N° 03

¿Considera Usted que resulta factible se fije un monto mínimo para cuantificar la indemnización antes señalada?

¿Fijar un monto mínimo de indemnización?	Frecuencia	Porcentaje
SI	89	68.5
NO	29	22.3
NO SABE	12	9.2
Total	130	100,0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que el 68.5% de los encuestados opina que no es factible establecer un monto mínimo de cuantificación de la indemnización.

Gráfico N°03

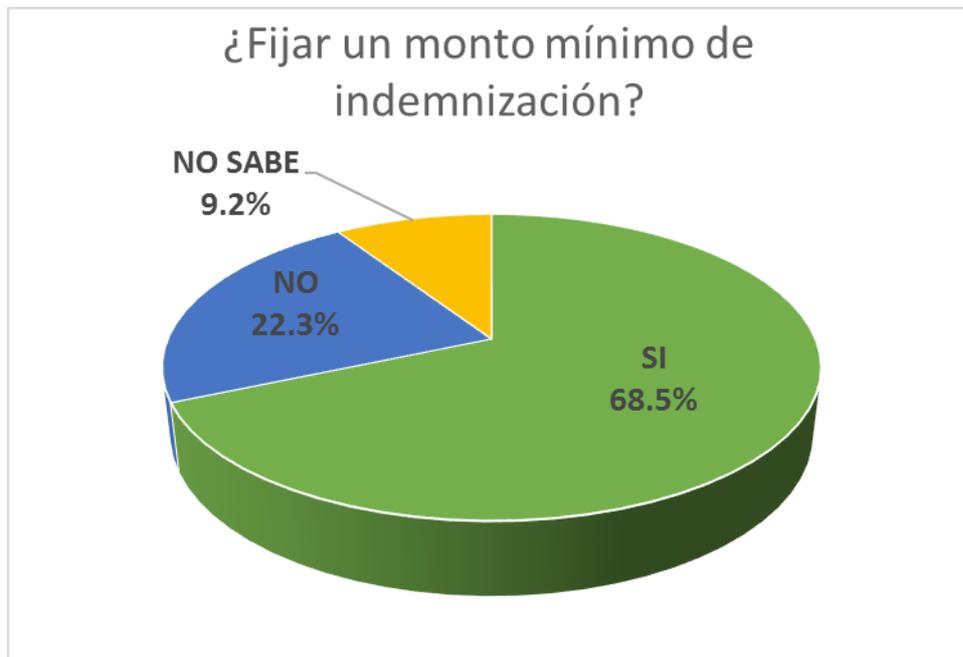


Tabla N° 04

Si su respuesta es negativa, explique ¿por qué?

Porque no?	Frecuencia	Porcentaje
Condición económica variable del cónyuge beneficiado	51	39.3
Condición económica variable del cónyuge perjudicado	59	44.9
Condición económica del beneficiado nulo	20	15.8
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

Los encuestados consideran que no es posible fijar un monto mínimo de indemnización debido a: Que el ingreso económico del cónyuge beneficiado es variable, o porque la condición económica del cónyuge agraviado es variable o por que la condición económica del beneficiado es nulo.

Gráfico N° 04

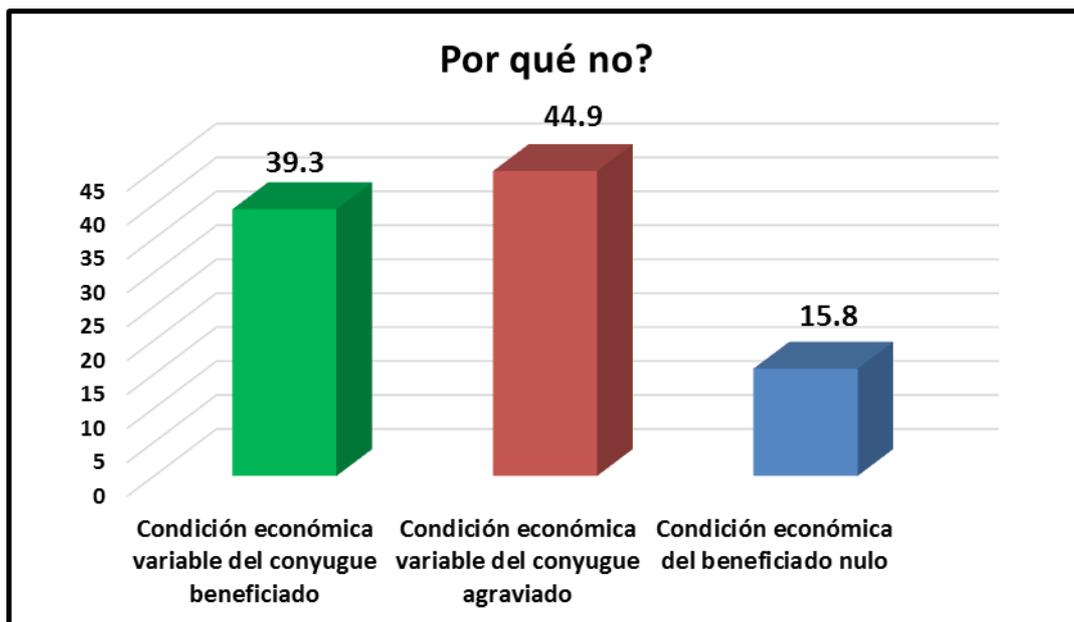


Tabla N° 05

¿Considera que para cuantificar la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, se puede establecer como monto base el equivalente al sueldo mínimo vital fijado en el Perú?

¿Se puede establecer monto base equivalente al sueldo mínimo vital?	Frecuencia	Porcentaje
SI	22	16.9%
NO	101	77.5%
NO SABE	7	5.6%
Total	130	100

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que el 77.6% de los encuestados que opinaron que SI es posible establecer un monto mínimo de indemnización, y el 16.8% consideran que NO es factible establecer la cuantificación de la indemnización en base al monto del sueldo mínimo vital.

Gráfico N°05

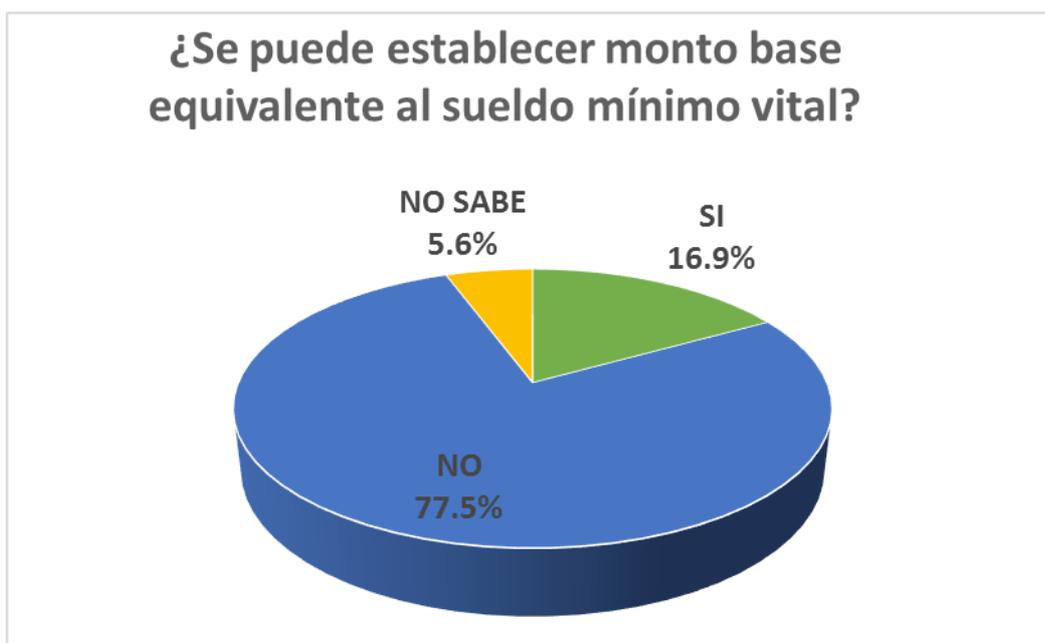


Tabla N° 06

De acuerdo a su criterio, ¿Qué monto podría considerarse como mínimo para cuantificar el daño personal del cónyuge perjudicado?

¿Qué monto?	Frecuencia	Porcentaje
Un sueldo global	18	13.5
Dos sueldos globales	29	22.5
Tres sueldos globales	76	58.4
Cuatro sueldos globales	7	5.6
TOTAL	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que de los encuestados que opinaron que sí es posible establecer un monto mínimo de indemnización, consideraron que es factible establecer la cuantificación de la indemnización en base al monto del sueldo global demostrado.

Gráfico N° 06

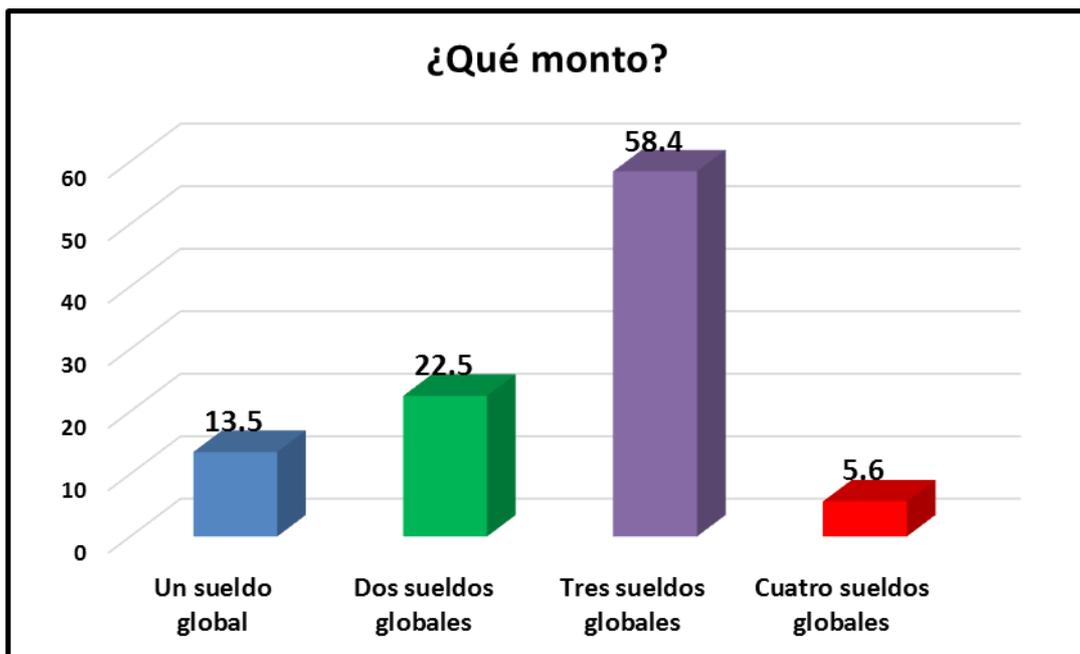


Tabla N° 07

¿Considera usted que las causas que originaron la separación de los cónyuges, deben ser evaluadas por los Jueces con la finalidad de elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

¿Las causas de la separación deben ser evaluadas por el juez a fin de elevar la indemnización?	Frecuencia	Porcentaje
SI	106	81.5
NO	16	12.3
NO SABE	8	6.2
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que los encuestados opinaron que el juez debe tener en cuenta la causal de separación a fin de elevar el monto de la indemnización

Gráfico N° 07

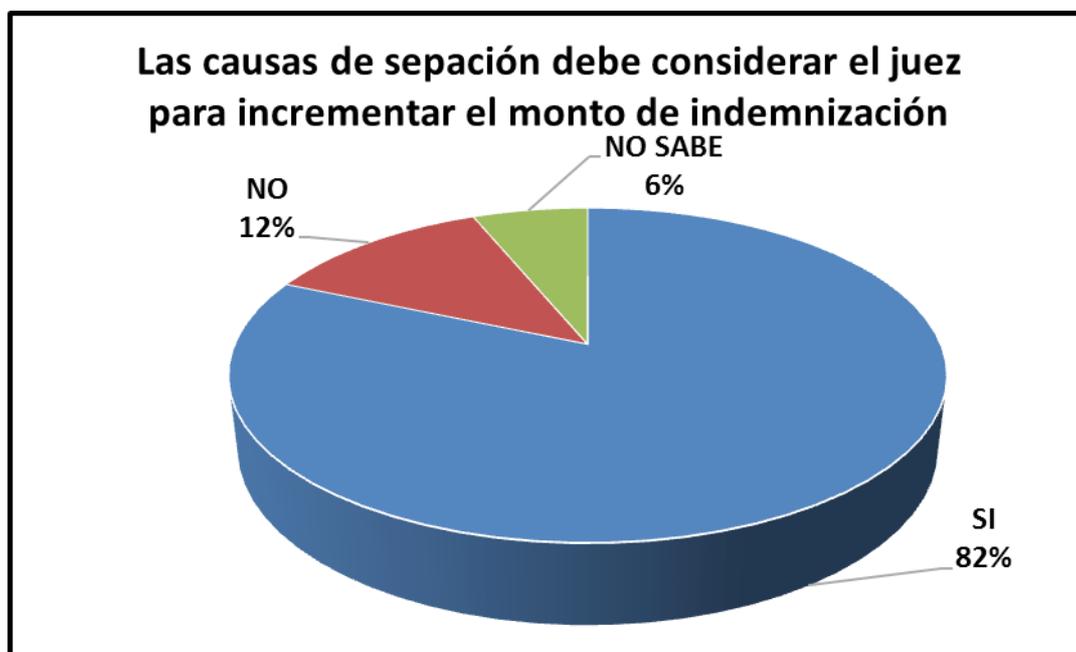


Tabla N° 08

Considera Usted que la infidelidad como causa de separación de los esposos, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

¿La infidelidad debe ser tomada en cuenta por el juez a fin de elevar el monto de la indemnización?	Frecuencia	Porcentaje
SI	86	66.2
NO	30	23.1
NO SABE	14	10.7
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que los encuestados opinaron que el juez debe tener en cuenta la infidelidad como causa de la separación a fin de elevar el monto de la indemnización.

Gráfico N° 08

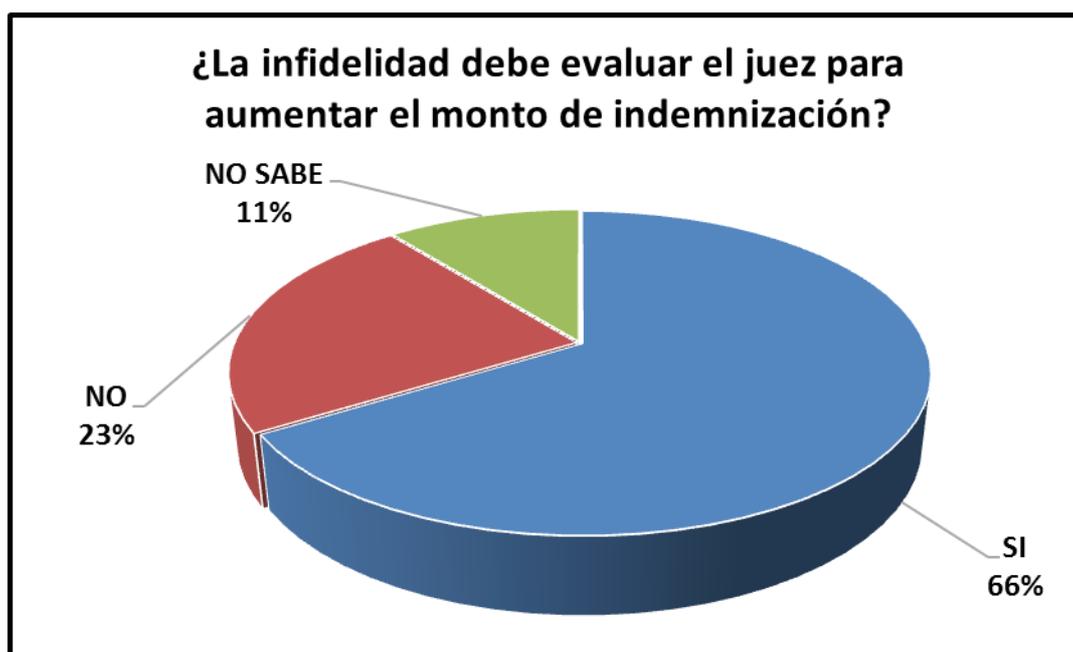


Tabla N° 09

¿La existencia de hijos extramatrimoniales como causa de la separación de los cónyuges, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

¿La existencia de hijos extramatrimoniales se debe tomar en cuenta el juez a fin de elevar el monto de la indemnización?	Frecuencia	Porcentaje
SI	50	38.5
NO	60	46.1
NO SABE	20	15.4
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que el 38.5% de los encuestados opinaron que el juez debe tener en cuenta la existencia de hijos extramaritales a fin de elevar el monto de la indemnización.

Gráfico N° 09



Tabla N° 10

La existencia de procesos de violencia familiar en agravio del/la cónyuge perjudicado y/o de los hijos, como causa de la separación de los cónyuges, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

¿La violencia familiar debe ser tomada en cuenta por el juez a fin de elevar el monto de indemnización?	Frecuencia	Porcentaje
SI	112	86.2
NO	6	4.6
NO SABE	12	9.2
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que el 86.2% de los encuestados opinaron que el juez debe tener en cuenta la existencia de procesos de violencia familiar como causa de la separación a fin de elevar el monto de la indemnización.

Gráfico N° 10

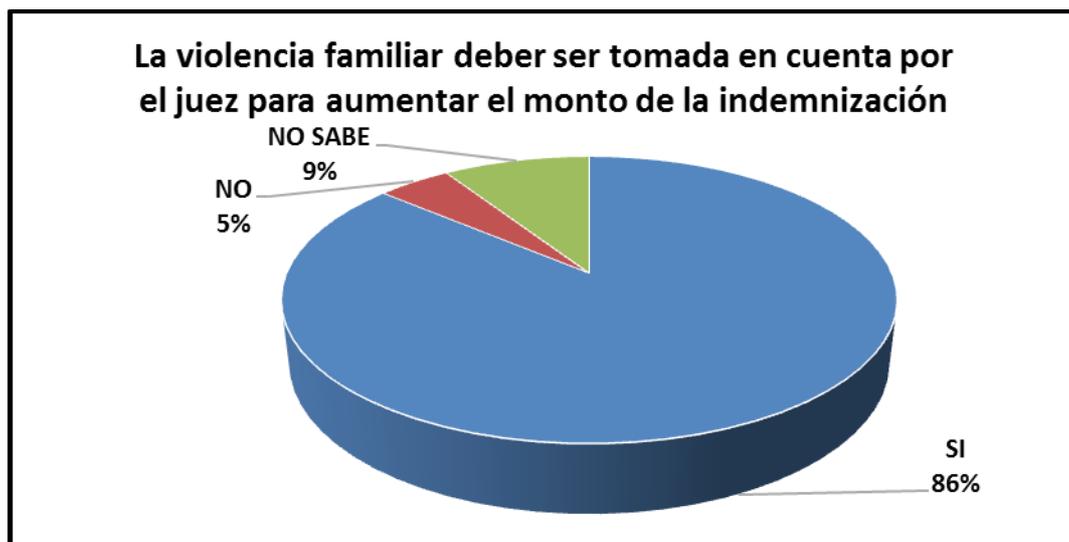


Tabla N° 11

La actividad laboral que dejó de practicar el (la) cónyuge perjudicado, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

¿La actividad laboral dejado de practicar por la cónyuge debe ser tomado en cuenta para incrementar el monto de indemnización?	Frecuencia	Porcentaje
SI	44	33.8
NO	68	52.3
NO SABE	18	13.9
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que el 33.8% de los encuestados opinaron que el juez debe tener en cuenta la actividad laboral que dejó de practicar el (la) cónyuge perjudicado a fin de elevar el monto de la indemnización.

Gráfico N° 11

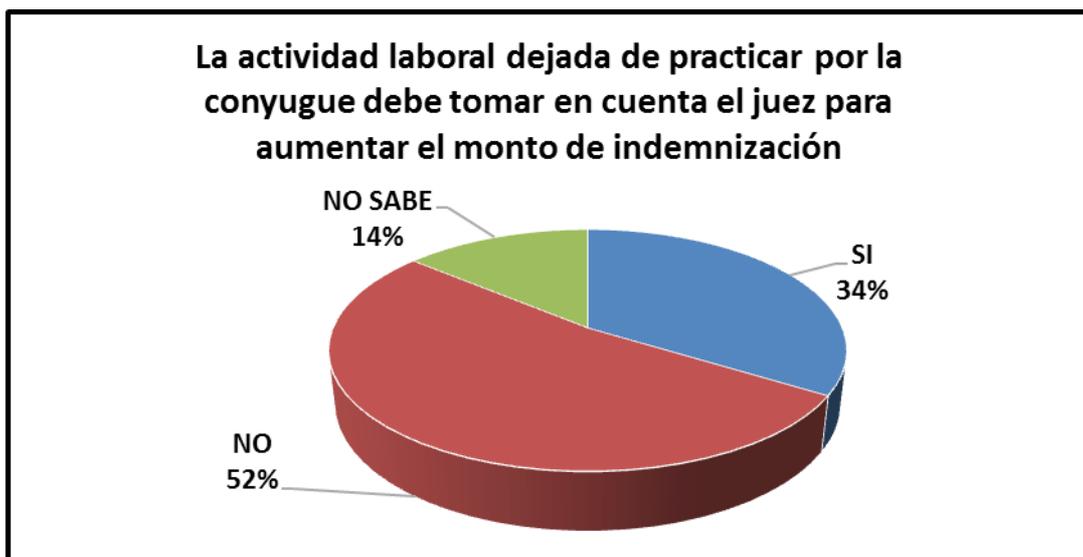


Tabla N° 12

El abandono del hogar conyugal y descuido de los hijos por parte del cónyuge que originó la separación, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

¿El abandono y descuido de los hijos debe ser tomado en cuenta por el juez para aumentar el monto de indemnización?	Frecuencia	Porcentaje
SI	34	26.2
NO	78	60.0
NO SABE	18	13.8
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que el 26.2% de los encuestados opinaron que el juez debe tener en cuenta el abandono y descuido de los hijos debe ser tomado en cuenta por el juez para aumentar el monto de indemnización.

Gráfico N° 12

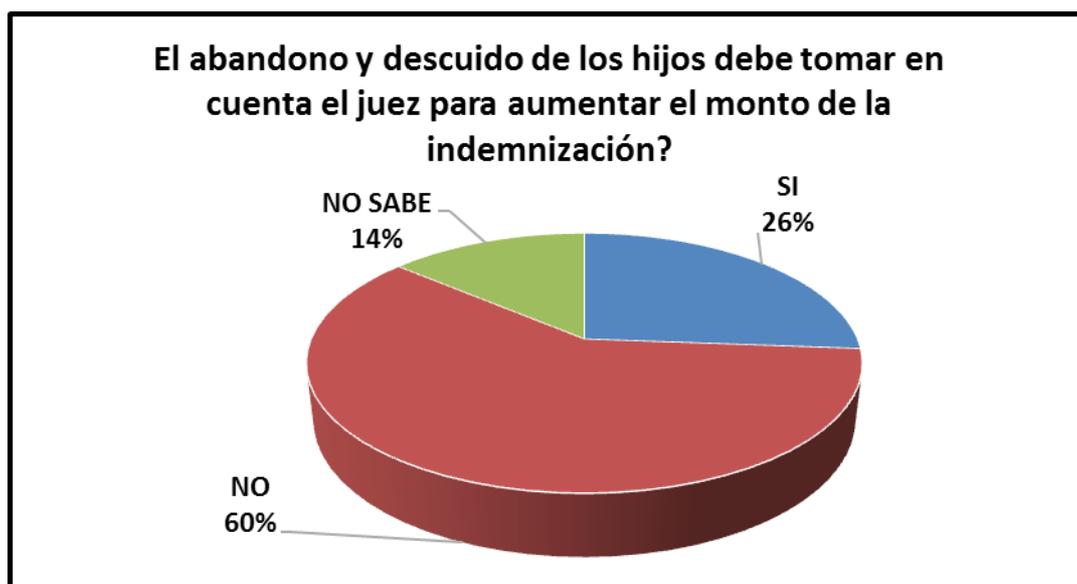


Tabla N° 13

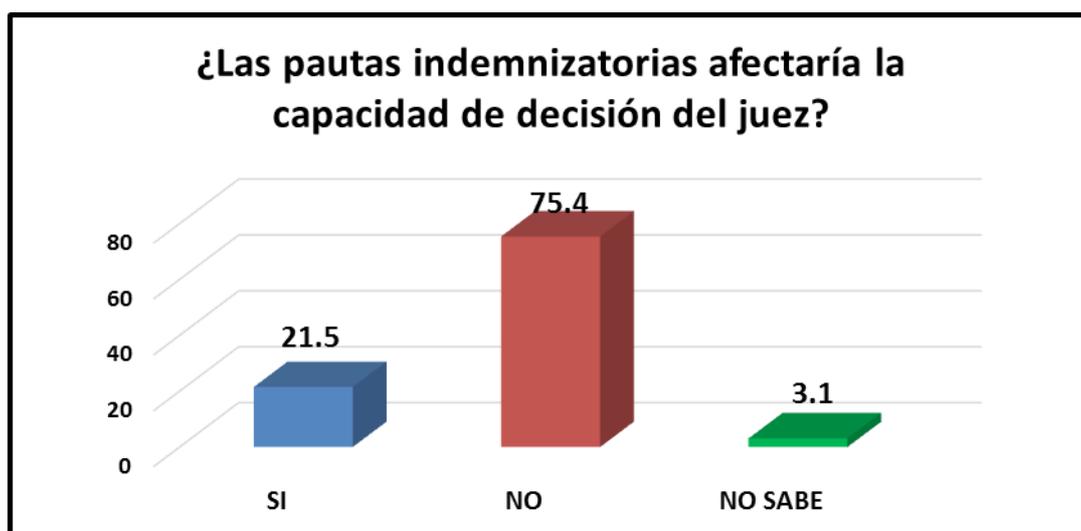
¿Considera usted que el establecimiento de pautas para determinar la indemnización del cónyuge perjudicado, afectaría la facultad discrecional y prudencial del Juez de fijar los montos de indemnizaciones?

¿Las pautas para determinar la indemnización perjudicaría la facultad discrecional del juez?	Frecuencia	Porcentaje
SI	28	21.5
NO	98	75.4
NO SABE	4	3.1
Total	130	100.0

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra que el 21.5% de los encuestados opinaron que el juez verá afectada su facultad discrecional y prudencial para fijar los montos de indemnizaciones al establecer las pautas de cuantificación de monto, mientras que el 75.4% no considera que existiría tal afección, y el 3.1% no sabe o no opina.

Gráfico N° 13



3.2. PRUEBA DE HIPÓTESIS

A. PRUEBA DE HIPÓTESIS SECUNDARIAS

1.- Hipótesis

Ha: El análisis de las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges, permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitada en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 – 2013.

Ho: El análisis de las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges, NO permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 – 2013.

a) Nivel de significancia: 95%

b) Estadístico de prueba: Chi cuadrado

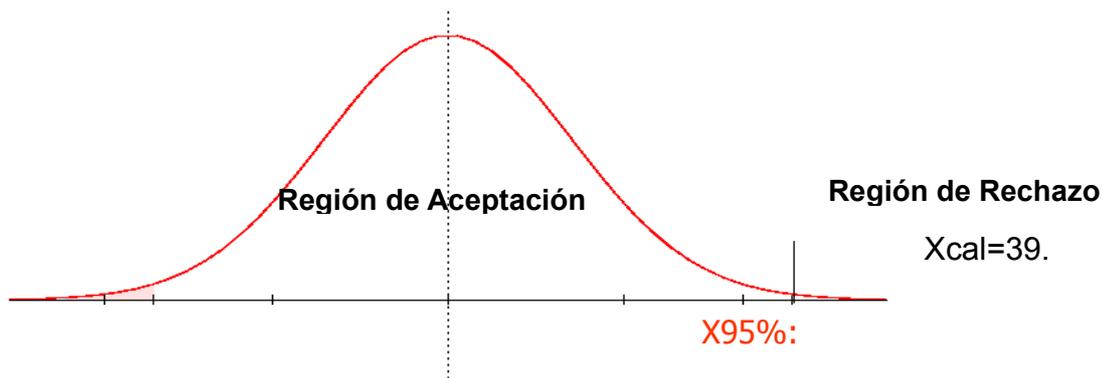
	SI	NO	Total
Análisis de causas que ocasionan la separación (valores esperados)	50	50	100
Análisis de causas que ocasionan la separación (valores observados)	81.5	18.5	100

$$X^2_{cal} = 19.8 + 19.8 = 39.7$$

c) Determinación del p valor

Estadística de prueba.- Chi cuadrado

$$X^2 = \sum \frac{(O-E)^2}{E}$$



d) Decisión estadística.- Se rechaza H_0 , y se acepta H_a : El análisis de las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges, permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 – 2013.

2.- Hipótesis

H_a : El análisis de las condiciones personales y económicas del cónyuge inocente al momento de la separación, NO permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitada en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 – 2013.

H_0 : El análisis de las condiciones personales y económicas del cónyuge inocente al momento de la separación, permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 – 2013.

a) Nivel de significancia: 95%

b) Estadístico de prueba: Chi cuadrado

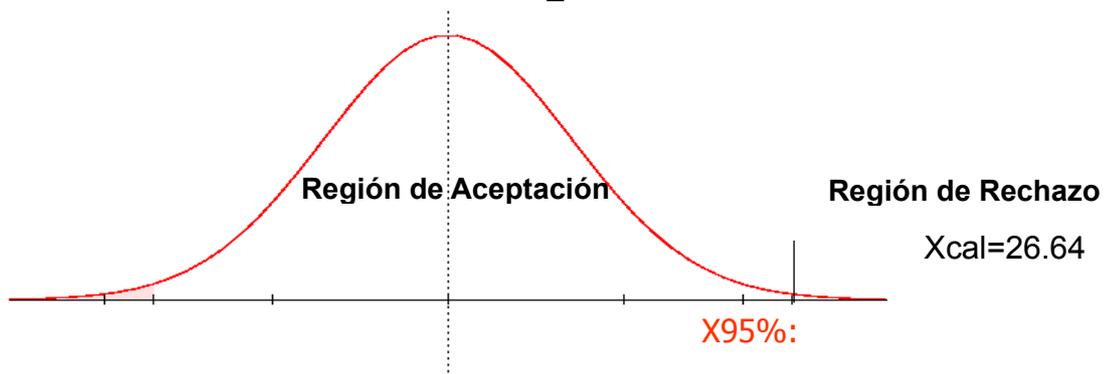
	SI	NO	Total
Análisis de condiciones personales y económicas del cónyuge inocente (valores esperados)	50	50	100
Análisis de causas de condiciones personales y económicas del cónyuge inocente (valores observados)	26.2	73.8	100

$$X^2_{cal} = 11.32 + 11.32 = 26.64$$

c) Determinación del p valor

Estadística de prueba.- Chi cuadrado

$$X^2 = \sum \frac{(O-E)^2}{E}$$



d) Decisión estadística.- Se rechaza H_0 , y se acepta H_a : El análisis de las condiciones personales y económicas del cónyuge inocente al momento de la separación, NO permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012 - 2013.

3.- Hipótesis

H_a : El análisis de la actividad laboral que desarrollaba el cónyuge perjudicado en la época de la separación, NO permitiría determinar el monto de la

indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012- 2013.

Ho: El análisis de la actividad laboral que desarrollaba el/la cónyuge perjudicada en la época de la separación, permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012- 2013.

a) Nivel de significancia: 95%

b) Estadístico de prueba: Chi cuadrado

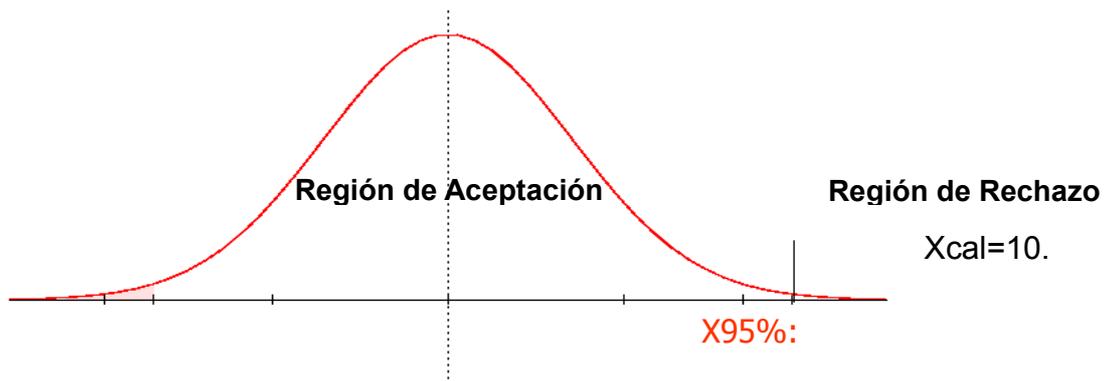
	SI	NO	Total
Análisis de la actividad laboral del cónyuge perjudicada (valores esperados)	50	50	100
Análisis de la actividad laboral del cónyuge perjudicada (valores observados)	33.8	66.2	100

$$X^2_{\text{cal}} = 5.2 + 5.2 = 10.5$$

c) Determinación del p valor

Estadística de prueba.- Chi cuadrado

$$X^2 = \sum \frac{(O-E)^2}{E}$$



d) Decisión estadística.- Se rechaza H_0 , y se acepta H_a : El análisis de la actividad laboral que desarrollaba el/la cónyuge perjudicado en la época de la separación, NO permitiría determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012- 2013.

B. PRUEBA DE HIPÓTESIS PRINCIPAL

Hipótesis

H_a : NO existirán criterios que permitan determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012-2013.

H_0 : Existirán criterios que permitan determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012-2013.

a) Nivel de significancia: 95%

b) Estadístico de prueba: Chi cuadrado

	SI	NO	Total
Existen criterios que determinaran el monto de indemnización (valores esperados)	50	50	100

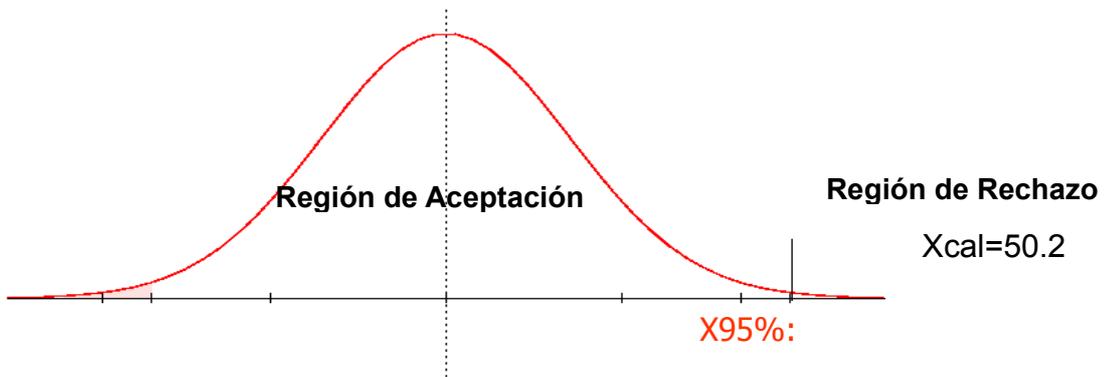
Existen criterios que determinaran el monto de indemnización (valores observados)	14.6	85.4	100
---	------	------	-----

$$X^2_{cal} = 25.1 + 25.1 = 50.2$$

c) Determinación del p valor

Estadística de prueba.- Chi cuadrado

$$X^2 = \sum \frac{(O-E)^2}{E}$$



d) Decisión estadística.- No existen criterios que permitan determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados en el Distrito Judicial de Cañete en el año 2012-2013.

3.3. CONCLUSIONES

a) Se ha logrado determinar que no existen criterios que permitan determinar el monto de la indemnización por daño moral otorgado al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

b) Se ha logrado determinar que las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges, va permitir determinar el monto de la indemnización por daño que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, en tal sentido, pueden ser evaluados por los operadores de justicia.

c) Se ha logrado determinar que las condiciones personales y económicas del cónyuge perjudicado en la época de la separación, no permiten determinar el monto de la indemnización por daño otorgado al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, en tal sentido, dichas circunstancias no pueden ser evaluadas por los operadores de justicia.

d) Se ha logrado determinar que la actividad laboral que desarrollaba el cónyuge perjudicado en la época de la separación, no permite determinar el monto de la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia, no pueden ser evaluadas por los operadores de justicia.

3.4. RECOMENDACIONES

a) Resulta necesario que la Corte Suprema de Justicia de la República a través de un Acuerdo Plenario establezca criterios vinculantes que sirvan de pautas para determinar el monto de la indemnización por daño moral que se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, evitando de este modo sumas ínfimas o excesivas.

b) Los jueces de familia y mixtos al momento de determinar el monto de la indemnización por daño en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, deben evaluar las causas que ocasionaron la separación de los cónyuges como por ejemplo la vulneración al deber de fidelidad que se deben los esposos, actos de violencia familiar, entre otros.

c) Los jueces de familia y mixtos que tienen a su cargo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, deben disponer que a efecto de evaluarse el monto indemnizatorio ordenado por el artículo 345º-A del Código Civil, se recabe los medios probatorios que determinen los motivos que ocasionaron la separación de los cónyuges el cónyuge; y a falta de ello, debe disponerse recabe la declaración de los cónyuges en la Audiencia de Pruebas.

d) Los jueces de familia y mixtos, en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, deben distinguir debidamente entre la determinación del cónyuge perjudicado y el monto indemnizatorio regulado por el artículo 345-A del Código Civil, lo que va permitir que el cónyuge conozcan las razones que fueron evaluadas para la determinación de la indemnización por daño.

3.5. FUENTES DE INFORMACIÓN

ASCARELLI, T (1980). *Obbligazione Pecuniaria*, en comentario del Codice Civile. Roma. ZANICHELLI EDITORE, BOLOGNA/SOCIETÀ ED. DEL FORO ITALIANO.

AZPIRI, J. (2005). *Juicio de divorcio vincular y separación personal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E (1983). *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

BREBBIA, R. (1950). *El Daño Moral*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.

CABANELLAS. G. (1946). *Diccionario de Derecho Usual*. Primera Edición Buenos Aires. Editorial Atalaya.

CABELLO MATAMALA, C.(2003). *Divorcio ¿Remedio en el Perú?*. Derecho de Familia. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

CAMPUZANO TOME, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Barcelona: Bosch.

CODIGO CIVIL. 4ta. Edición. (2013). Lima. Gaceta Jurídica.

CORNEJO CHÁVEZ, H. (1999). *Derecho de Familia Peruano*. Lima. Gaceta Jurídica.

DE ANGEL YAGÜEZ, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de derecho Civil*. Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones. 7º Edición, Segunda Reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos,

GARRIDO CORDOBERA, L. *Cuantificación de Daños un debate inconcluso*. Disponible en <http://www.cea.unc.edu.ar>

HERNANDEZ SAMPIERI, R, FERNANDEZ COLLADO, C, BAPISTA LUCIO, P (2010) *Metodología de la Investigación*. México. Mc Graw Hill.

HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S. *La Pensión Compensatoria*. Disponible en www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344079798?

LEON, Leysser (2003). *Funcionalidad del “Daño Moral” e inutilidad del “Daño a la Persona” en el Derecho Civil Peruano*. Disponible en dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF .

LEON, Leysser. (2007). *¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el ‘daño al proyecto de vida’ continúa inflando peligrosamente los resarcimientos*. Diálogo con la Jurisprudencia N° 104, Lima: Gaceta Jurídica.

LAGOMARSINO, C. “*Separación de hecho*”. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXV. Buenos Aires: Ediciones Omeba.

MALLQUI REYNOSO, M. y MOMETHIANO ZUMAETA, E. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.

MORALES HERVIAS, R. (2010) *Resarcimiento del Daño Moral y del Daño a la Persona vs. Indemnización del Desequilibrio Económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio*, Diálogo con la Jurisprudencia N° 153. Lima Perú: Gaceta Jurídica.

MURILLO, W. (2008). La investigación científica. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos15/invest-cientifica/investcientifica.shtm>).

MURO ROJO, M. y REBAZA GONZÁLES, A. (2003). Código Civil Comentado, Tomo II, Primera Parte, Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.

OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M. (1994). *Tratado de Obligaciones*. Primera Parte, Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

OSTERLING PARODI, F. (2005). *Tratado de Obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica

PAZOS HAYASHIDA, J. (2005). *Comentarios al Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

PERALTA ANDIA, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. 3ra Edición. Lima-Perú: Idemsa

PERALTA ANDIA, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Cuarta Edición, Lima: Idemsa.

PIZARRO WILSON, C. *La Cuantía de la Compensación Económica*. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php>.

PLACIDO VILCACHAGUA, A. (2001). *Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica.

PLACIDO VILCACHAGUA, A. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

PLACIDO VILCACHAGUA, A. (2008). *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*. Diálogo con la Jurisprudencia. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

TABOADA CÓRDOVA, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Segunda Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley,

TABOADA CORDOVA, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil* 3º Edición. Lima- Perú: Grijley,

Tercer Pleno Casatorio Civil, expedido por la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Casación Número 4664-2010-Puno, de fecha 18 de marzo del 2011. Disponible en: www.pj.gob.pe

TERCER PLENO CASATORIO CIVIL. (2011). Corte Suprema de Justicia de la República. Lima – Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial.

TORRES CARRASCO, M. (2001). *La Separación de Hecho como causal de separación de cuerpos y Divorcio*. Tomo 92. Lima: Publicación mensual de Gaceta Jurídica.

TORRES VASQUEZ, A. (2002). *Código Civil*, Sexta Edición. Lima Perú: IDEMSA TEMIS.

TRAZEGNIES, Fernando de. (1990). *La Responsabilidad Extracontractual*, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TRIGO REPRESAS, F. (1991). *Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Rocca.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y Uniones Estables* Tomo II. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

ZANNONI, Eduardo A. (2012) *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea.

ZARRALUQUI SANCHEZ - ESNARRIAGA, (2005) L. *La compensación económica en la nueva ley del Divorcio: su temporalización y su sustitución*. Disponible en: <http://www.nuevodivorcio.com/compensatorio.pdf>

ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1999) *Resarcimiento de Daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*, Tomo 4. Buenos Aires: Hammurabi.

3.6. ANEXOS

3.6.1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

3.6.2. CUESTIONARIO – JUICIO DE EXPERTOS

INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
TEMA: CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PERSONAL DEL CONYUGE
PERJUDICADO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE
SEPARACIÓN DE HECHO

El artículo 345-A del Código Civil, pauta: 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. (...)

A mérito del contenido de la norma y a las conclusiones del Tercer Pleno Casatorio Civil expedido por la Corte Suprema del Per, respecto a la finalidad de la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil, sírvase responder, de acuerdo a su criterio, las siguientes preguntas:

1. Considera usted que en el Perú existe un criterio uniforme para cuantificar el daño personal de la indemnización del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/No opina

2. ¿Existe algún criterio por el cual se fije un monto mínimo para cuantificar el daño personal de la indemnización por daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?.

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/No opina

3. A efecto de lograr uniformidad en el quantum de las indemnizaciones que por concepto de daño personal se otorga al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho; ¿considera Usted

que resulta factible se fije un monto mínimo para cuantificar la indemnización antes señalada?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/No opina

4. Si su respuesta es negativa, explique ¿porqué?

5. Si su respuesta es afirmativa; atendiendo a que la finalidad de la indemnización a la que se refiere el artículo 345-A del Código Civil, es la de velar por el cónyuge perjudicado con la separación de hecho, sin que monto genere un excesivo o diminuto beneficio económico; ¿considera que para cuantificar la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, se puede establecerse como monto base el equivalente al sueldo mínimo vital fijado en el Perú?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/No opina

6. De acuerdo a su criterio, ¿Qué monto podría considerarse como mínimo para cuantificar el daño personal del cónyuge perjudicado?

7. ¿Considera usted que las causas que originaron la separación de los cónyuges, deben ser evaluadas por los Jueces con la finalidad de elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/no opina

8. Considera Usted que la infidelidad como causa de separación de los esposos, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/no opina

9. ¿La existencia de hijos extramatrimoniales como causa de la separación de los cónyuges, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/no opina

10. La existencia de procesos de violencia familiar en agravio del/la cónyuge perjudicado y/o de los hijos, como causa de la separación de los cónyuges, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/no opina

11. La actividad laboral que dejó de practicar el (la) cónyuge perjudicado, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?.

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/no opina

12. El abandono del hogar conyugal y descuido de los hijos por parte del cónyuge que originó la separación, ¿puede ser evaluado por los Jueces para elevar el monto de la indemnización del daño personal del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/no opina

13. ¿Considera usted que el establecimiento de pautas para determinar la indemnización del cónyuge perjudicado, afectaría la facultad discrecional y prudencial del Juez de fijar los montos de indemnizaciones?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe/No opina

3.5.3 SENTENCIAS DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE HECHO