

# Universidad de Huánuco

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**  
**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**  
**Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**UDH**  
UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

## **TESIS**

**EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA INDEMNIZACIÓN EN  
EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y LA  
TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL SEGUNDO JUZGADO  
DE FAMILIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUÁNUCO, 2017.**

**Para optar el Título Profesional de  
ABOGADO**

**TESISTA**

**PALACIOS MATOS, Rosy Nelly**

**ASESOR**

**Mtro. ROJAS VELASQUEZ, JEREMÍAS**

**Huánuco - Perú**  
**2019**



**UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
Ciclo de Asesoramiento para la Tesis Profesional



**RESOLUCIÓN N° 532-2019-DFD-UDH**  
Huánuco, 20 de mayo de 2019.

Visto la Resolución N° 992-2018-DFD-UDH de fecha 10 de diciembre de 2018 que declara **APROBAR** el Proyecto de Investigación intitulado “**EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUÁNUCO, 2017**”, presentado por la Bachiller “**Rosy Nelly PALACIOS MATOS**”;

**CONSIDERANDO:**

Que, el Art. 14° numeral 1 del Reglamento de Grados y Títulos del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas vigente para el caso determina las diversas modalidades al cual el Graduando puede acogerse para obtener el Título Profesional de Abogado.

*Que, mediante Resolución N°1206-2015-R-CU-UDH de fecha 28 de setiembre de año 2015 se aprobó el ciclo de Asesoramiento para la tesis profesional- CATP/DERECHO del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, en atención al Art. 31 del Reglamento General de Grados y Títulos de la UDH;*

Que, mediante Oficio N°003-2019-JRV de fecha 19 de marzo de 2019, el Mg. Jeremías Rojas Velásquez Asesor del Proyecto de Investigación “**EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUÁNUCO, 2017**”, *aprueba el informe final de la Investigación;*

*Que, en cumplimiento al Art. 31 del Reglamento de Grados y Títulos del Programa Académico de Derecho y CC.PP vigente para el caso y a mérito del documento de visto y habiendo la Bachiller previamente presentado los tres ejemplares de la referida Tesis debidamente espiralados, es pertinente emitir la Resolución de Jurado y señalar fecha y hora para su Sustentación;*

Estando a lo dispuesto en el Art. 44° de la Nueva Ley Universitaria N° 30220; Inc. n) del Art. 44° del Estatuto de la Universidad de Huánuco; Reglamento de Grados y Títulos aprobado con Resolución N° 466-2016-R-CU-UDH del 23 de mayo de 2016 y la facultad que indique;

**SE RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** **DESIGNAR** al Jurado Calificador para examinar a la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, doña **Rosy Nelly PALACIOS MATOS**, para obtener el Título Profesional de **ABOGADA** por la modalidad de Trabajo de Investigación Científica (Tesis), llevado a cabo en el Ciclo de Asesoramiento para la Tesis profesional; a los siguientes docentes:

Mg. Mariella C. Garay Mercado	: Presidente
Abg. Marielena Berrospi Noria	: Secretaria
Abg. Hugo O. Vidal Romero	: Vocal



**UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
Ciclo de Asesoramiento para la Tesis Profesional



**RESOLUCIÓN N° 532-2019-DFD-UDH**  
Huánuco, 20 de mayo de 2019.

**Artículo Segundo.-** Señalar el día viernes 24 de mayo de 2019 a horas 3:30 p.m. dicha Sustentación, en la Sala de Simulación de Audiencias Judiciales de la Universidad de Huánuco, sito en el 4to. Edificio 1er. Piso de la ciudad universitaria La Esperanza

**Artículo Tercero.-** Difúndase publicando e invitando a la comunidad académica para que presencian dicha sustentación.

Regístrese, comuníquese y archívese.



**UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO**  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DR. FERNANDO CORCINO BARRUETA  
DECANO

DISTRIBUCIÓN: Vice. Rect. Académico, Fac. Derecho, Of. Mat. Y Reg. Acad..f. Exp. Interesado, archivo.  
FCB/znn



**ACTA DEL PROCESO DE CALIFICACIÓN POR LA MODALIDAD DE PRESENTACION Y SUSTENTACION DE UNA TESIS**

En la ciudad de Huánuco, siendo las 3:30 horas del día 24 del mes de Mayo del año dos mil diecinueve se reunieron en el Salón de Simulación de Audiencias Judiciales los miembros Ratificados del Jurado Examinador, designados por Resolución N° 532-2019-DFD -UDH del 20 de mayo de 2019, al amparo de la nueva Ley Universitaria N° 30220 inc "n" del Art. 44 del Estatuto de la Universidad de Huánuco, Reglamento de Grados y Títulos, para proceder por la modalidad de Presentación y Sustentación de una Tesis de la Graduada **Rosy Nelly PALACIOS MATOS** la postulante al Título de Abogada, procedió a la exposición de la Tesis, absolviendo las interrogantes que le fueron formuladas por los miembros designados del Jurado, de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias; realizado el exposición, el Jurado procedió a la calificación.

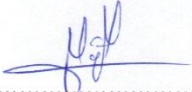
**JURADOS CALIFICADORES**

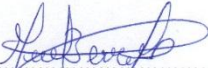
**PUNTAJE**

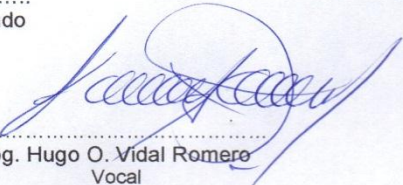
Mg. Mariella C. Garay Mercado	Presidente	<u>15</u>
Abg. Marialena Berrospi Noria	Secretaria	<u>15</u>
Abg. Hugo O. Vidal Romero	Vocal	<u>15</u>

CALIFICATIVO : 15 Quince  
En números En letras

RESULTADO : Aprobado por Unanimitad

  
Mg. Mariella C. Garay Mercado  
Presidente

  
Abg. Marialena Berrospi Noria  
Secretaria

  
Abg. Hugo O. Vidal Romero  
Vocal

## **DEDICATORIA.**

El presente trabajo de Tesis, lo dedico a Dios por brindarme sabiduría, guiar mis pasos y darme fortaleza para continuar. A mis padres Oscar Palacios y Julia Matos, por su apoyo incondicional que me brindaron para lograr cumplir una de estas metas anheladas, a mis hermanos Nelson, Erica y Wilfredo, por su apoyo moral en todo momento.

## **AGRADECIMIENTO.**

Agradezco a Dios, a mis padres y hermanos, quienes a lo largo de mi vida me apoyaron y motivaron mi formación académica, a mi Asesor Jeremías Rojas Velásquez, asimismo, mi eterno gratitud a esta prestigiosa Universidad de Huánuco, la cual abre sus puertas a todos, preparándonos para ser buenos profesionales y personas de bien.

## ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
ÍNDICE	IV
RESUMEN	VI
INTRODUCCIÓN	VII

### CAPÍTULO I PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	8
1.2. Formulación del Problema General	10
1.3. Formulación del Problema Especifico	10
1.4. Objetivos	10
1.5. Justificación de la investigación	11
1.6. Limitaciones de la investigación	12
1.7. Viabilidad de la investigación	13

### CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación	14
2.2. Bases Teóricas	21
2.3. Definiciones conceptuales	63
2.4 Hipótesis	65
2.5 Variables	65

2.5.1 Variable independiente.	65
2.5.2 Variable dependiente	65
2.6 Operacionalización de variables.	66

### **CAPÍTULO III METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

3.1. Tipo de investigación	67
3.1.1 Enfoque	67
3.1.2 Alcance o nivel	67
3.1.3 Diseño	67
3.2 Población y muestra.	68
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	68
3.4 Técnicas para el procesamiento y análisis de la información	68

### **CAPÍTULO IV RESULTADOS**

4.1. Procesamiento de datos	69
4.2. Contratación de hipótesis y prueba de hipótesis	77

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

5.1. Contratación de los resultados de la investigación	81
Conclusiones	85
Referencias bibliográficas	88
Anexos	91



## RESUMEN

El Informe Final de investigación jurídica desarrollado, se denomina: El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, la cual se encuentra conformada por cinco capítulos: El primero describe el problema que en efecto el pleno casatorio tercero, al facultar al Juzgador disponer el pago de indemnización por concepto de daño moral al cónyuge que resulte perjudicado, contraviene el derecho del otro, a la tutela jurisdiccional efectiva, y el principio de congruencia, ya que no podría disponer el pago de una indemnización, solo con los argumentos de uno de los cónyuges, vertidos en los fundamentos de hecho o de defensa, sin que hayan ofrecido medios que fundamenten sus hechos expuestos. El segundo capítulo contiene los antecedentes internacionales, nacionales y locales de la investigación, sus bases teóricas teniendo en cuenta la variable independiente: El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, y la variable dependiente: La tutela jurisdiccional efectiva. En el tercer capítulo podemos encontrar la metodología empleada en la investigación de tipo aplicada, y como referencia la descripción en el tiempo, los expedientes que se tramitaron en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, la muestra lo conforma seis expedientes judiciales sobre divorcio por causal de separación de hecho. El capítulo cuatro refiere los resultados de la investigación, en la que se han procesado los datos, y se han contrastada y probado la hipótesis, y por último en el quinto capítulo, se desarrolló la Discusión de Resultados, terminando con las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación titulado principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, la desarrollaremos bajo los siguientes aspectos: En cuanto a la descripción del problema, básicamente es la de determinar si en efecto el pleno casatorio tercero, al facultar al Juez decretar el pago de indemnización por concepto daño moral al cónyuge que resulte perjudicado de la relación, contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el principio de congruencia. En cuanto a la formulación de problema, se ha convenido establecer lo siguiente: ¿Cuál es la relevancia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017? Se justifica la investigación porque nos permitió describir y explicar el problema si en efecto el pleno casatorio antes citado, al facultar al Juez decretar el pago de indemnización por daño moral al que resulte perjudicado, contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el principio de congruencia, entre los objetivos con tuvo a bien el demostrar el grado de relevancia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva, empleando el método y técnica aplicada, y como muestra los expedientes que se tramitaron en el en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco; la fuente de información se recabaron de las bibliotecas de la Universidad de Huánuco y Hermilio Valdizán de esta ciudad, advirtiéndose mínimas limitaciones en cuanto al material bibliográfico y horario de atención.

# CAPÍTULO I

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1 Descripción del Problema.

El presente trabajo de investigación se denomina principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

Según el pleno casatorio tercero que constituye precedente judicial vinculante en los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho, previsto en el inciso 12) del artículo 333 del Código Civil, por el cual el Juez tiene el deber al fundamentar su decisión judicial velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado que resulte de la separación de hecho, y de sus hijos, en concordancia del artículo 345-A del Código Civil. Por lo que ha pedido de parte o de oficio el Juez ordenará la indemnización por los daños que comprende el daño a la persona, y decretará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, y pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral al ser indemnizable y hallarse en el daño a la persona procede que se estime.

Por el principio de congruencia el Juzgador debe respetar el *thema decidendum* fijado por las partes, limitando su decisión judicial a aquellas alegaciones esgrimidas introducidas en los escritos de demanda, contestación, reconvencción y absolución de ésta, pues cualquier contravención en esta línea del pedido conculcaría las reglas de la solicitud que los mismos justiciables

establecieron. Pues el artículo VII del Título Preliminar del Código Adjetivo Civil, concordante con el inciso 69 del artículo 50 e inciso 3) del 122 del citado cuerpo de leyes reconocen el principio de congruencia.

Como se puede apreciarse el citado pleno casatorio faculta al Juez de motu proprio decretar el pago de una indemnización por concepto de daño a la persona, al cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, pese a que en la demanda o reconvención no se ha solicitado y el principio de congruencia reclamar que el Juez emita su decisión judicial de acuerdo al sentido y alcance de las peticiones formuladas, pues si las partes no lo solicitan en la etapa correspondiente, es por el desinterés en reclamar el derecho a la indemnización, por lo que el Estado a través de la autoridad del Juez no puede inmiscuirse ordenando de oficio el pago por dicho concepto al cónyuge que resulte más perjudicado, justificando que en materia de familia los principios entre ellos de congruencia se han flexibilizado.

Con la investigación desarrollada se ha comprobado en efecto que el tercer pleno casatorio, al facultar al Juez decretar de oficio el pago de indemnización por daño moral al cónyuge que resulte perjudicado, contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del otro cónyuge, y el principio de congruencia en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, en el año 2017, tanto más, que se ha ordenado mediante sentencia el pago de una indemnización solo con argumentos fácticos del supuesto cónyuge perjudicado, sin tener en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos o a quien los contradice alegando nuevos hechos, más aun, que los principios de preclusión y eventualidad también se han

flexibilizado, por lo en cualquier estado del proceso, las partes pueden ofrecer medios probatorios que acrediten los hechos expuestos.

## **1.2 Formulación del problema general.**

¿Cuál es la relevancia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017?.

## **1.3 Formulación de problemas específicos.**

**PE1** ¿Cuál es el nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017?

**PE2** ¿Cuál es la frecuencia de aplicación del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017?

## **1.4 Objetivos.**

### **1.4.1 General**

Demostrar el grado de relevancia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

### **1.4.2 Específicos**

**OE1** Determinar el nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

**OE2** Identificar el nivel de frecuencia de aplicación del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

### **1.5 Justificación de la investigación.**

La presente investigación se justifica por las siguientes consideraciones.

La importancia de haberse realizado la investigación, es porque nos ha permitido describir el problema si en efecto el tercer pleno casatorio, contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado y del principio de congruencia, al facultar al Juez de oficio disponer el pago por concepto de indemnización por daño moral al cónyuge que resulte perjudicado, en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, en el año 2017, al comprobarse que se ha ordenado su pago con fundamentos fácticos esgrimidos en la demanda, sin haberse acreditado los hechos expuestos con medios probatorios que fundamenten su decisión judicial.

Es trascendente la investigación porque esta problemática se pondrá a conocimiento de los operadores jurisdiccionales, y a los que se encuentran involucrados con esta profesión, que en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco en el período 2017, se ha vulnerado el principio de congruencia y la tutela

jurisdiccional de uno de los cónyuges, al ordenarse el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, por los fundamentos antes descritos.

De igual modo al haberse analizado la población y muestra, constituida por expedientes sobre divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges, se justifica por haberse encontrado un número considerable de procesos, con las características antes descritas, corroborándose dicha información con las técnicas e instrumentos para la recolección de datos, así como con las técnicas para el procesamiento y análisis de la información.

### **1.6 Limitaciones de la investigación**

Las limitaciones en el presente trabajo de investigación están dadas por los siguientes:

- Por la falta de bibliografía en las bibliotecas de la Universidad de Huánuco y Universidad Nacional Hermilio Valdizán, relacionados con el tema investigado, razón por la cual se ha tenido por conveniente la adquisición de textos sobre el particular, y en cuanto al horario de atención no tuvimos ningún inconveniente.
- Asimismo para los efectos de desarrollar los antecedentes de la investigación no se encontraron en los repositorios investigaciones relacionados con el título de la investigación de manera directa, por lo que decidimos tomar información sobre investigaciones respecto al tema indirectos, por lo novedoso que resulta ser la investigación.

## **1.7 Viabilidad de la investigación**

El presente proyecto de investigación es viable como se señaló por el acceso a la información sobre el tema, tanto documentos bibliográficos, hemerográficos, así como a los expedientes sobre divorcio por causal de separación de hecho, sustanciados en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, con las características descritas para la investigación, y por haber contado con asesores expertos en derecho de familia y metodológico para la realización del trabajo, tanto más, porque su residencia se encontraba en la ciudad de Huánuco, donde se desarrolló el informe final.



## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **2.1.1.- Antecedentes internacionales**

A nivel internacional, no existen estudios relacionados al principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva.

##### **2.1.2.- Antecedentes nacionales**

Se ha encontrado, respecto de la investigación, antecedentes indirectos como es el caso de: Título: *“FLEXIBILIDAD NORMATIVA PARA AMPARAR LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO EN FAMILIA DE HUAMANGA, PERIODO 2013”*. Autor: Yury Bladimir GUILLÉN CASTRO. Año: 2015. Universidad: *“UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA”*. TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.

El autor de la investigación en el aludido trabajo de investigación concluye del siguiente modo:

1.- La causal de la separación de hecho, sí afecta la estabilidad de la institución matrimonial y, por ende de la familia porque las dificultades o problemas siguen manteniéndose luego del divorcio. En consecuencia, la legislación es flexible porque facilita la disgregación del matrimonio y con ella el incremento de la violencia familiar.

2.- La medida de la causal de separación de hecho permite una solución legal apresurada en nuestro ordenamiento jurídico en contextos donde los casados, apartados de manera definitiva del deber de cohabitación, han decidido rehacer su relación conyugal y/o familiar con otra pareja dejando a la primera con traumas psicológicas e incluso físicas y en situación de abandono a sus descendientes si es que hubiere.

3.- La separación de hecho, como causal de divorcio, trasgrede el sistema de las normas de protección a la familia, pues se ha establecido sin tener en cuenta los estudios interdisciplinarios inherentes al derecho, es decir, los aportes de otras disciplinas como la antropología, la sociología, la economía, etc. que son sumamente necesarios para determinar y estudiar la real dimensión del hombre y, por consiguiente, de la familia como núcleo de la sociedad.

4.- La separación de hecho, como causal de divorcio, conlleva a tomar decisiones apresuradas para contraer matrimonio, sobre todo en los jóvenes, porque con la existencia y la aplicación de la señalada causal los desposados, al cumplir los elementos configurativos de la separación de hecho, ya pueden acudir al órgano jurisdiccional u otro análogo para solicitar la disolución matrimonial sin importarles el estado y el resquebrajamiento en que estará sumido el cónyuge afectado.

5.- Con los fallos, sobre el divorcio por causal de separación de hecho, se corrobora la flexibilidad normativa y con esta la fragilidad de la institucionalidad del derecho de familia, que trae consigo no solo el rompimiento de la vida matrimonial, sino el estado de indefensión de una de las partes y, sobre todo, el de los hijos, si es que hubiere.

Con relación a esta investigación el autor concluye precisando que la causal de la separación de hecho, afecta la estabilidad de la institución matrimonial porque facilita la disgregación del matrimonio y con ella el incremento de la violencia familiar, donde los casados, apartados de manera definitiva del deber de cohabitación, han decidido rehacer su relación conyugal y/o familiar con otra pareja dejando a la primera con traumas psicológicas e incluso físicas y en situación de abandono a sus descendientes si es que hubiere. Sin embargo ello no es cierto toda vez que se tiene expedita la acción de violencia familiar, pensión alimenticia a favor de los hijos y de la cónyuge, asimismo continúa señalando que trasgrede el sistema de las normas de protección a la familia, sin preciar cuales.

Asimismo se ha encontrado, respecto de la investigación, antecedentes indirectos como es el caso de: Título: *“LA INDEMNIZACIÓN POR INESTABILIDAD ECONÓMICA TRAS LA SEPARACIÓN DE HECHO: CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE MÁS PERJUDICADO”*. Autor: Ángel Alfredo CALISAYA MÁRQUEZ. Año: 2016. Universidad: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL

Primera: El régimen actual de divorcio es un régimen complejo en el que cohabitan tanto el divorcio sanción, como el divorcio remedio y el divorcio incausado. En el Perú, si bien el divorcio ha sido regulado desde el año 1930, durante toda su evolución, e incluso actualmente, se ha enfrentado con opositores y con reparos por cuestiones de orden moral. Dichos reparos de orden moral no han permitido una adecuada comprensión de la función que cumple el divorcio ni una adecuada regulación de sus consecuencias, específicamente, patrimoniales. El divorcio se

sigue viendo según el esquema de “inocente-culpable”. Sin embargo, hemos apreciado en el capítulo primero como ha ido evolucionando el divorcio, por lo que las esperanzas de perfeccionamiento de nuestro régimen divorcista siguen intactas.

Segunda: La naturaleza jurídica de la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil es una obligación legal indemnizatoria que tiene por acreedor al cónyuge más débil económicamente, independientemente de cualquier alegación de culpabilidad, ello por cuanto la finalidad primordial es velar por la estabilidad económica y no la de resarcir daños imputables a uno de los cónyuges y por sólo concederse en la separación de hecho, que es un divorcio no culpable.

Tercera: El artículo 345-A del Código Civil contiene una serie de deficiencias. Entre ellas podemos señalar que no contiene una descripción precisa que permita determinar la naturaleza jurídica; su aplicación dentro del régimen de divorcio es incompleta, puesto que no incluye dentro su protección los casos de divorcio sanción; no es clara la compatibilidad de la indemnización por inestabilidad económica con el derecho de alimentos entre cónyuges; la forma de prestación de la indemnización no es flexible, sólo se contempla la posibilidad de un pago único, sin embargo, debería regularse la renta vitalicia para casos excepcionales; no contiene criterios que permitan la identificación del cónyuge perjudicado ni criterios que permitan la cuantificación del monto de la indemnización. En ese sentido, se debe pensar en realizar una reforma que permita subsanar estas deficiencias que de una u otra forma pueden generar injusticias.

Cuarta: Se ha constatado una evolución en el entendimiento de la indemnización por inestabilidad económica. Al principio (entre los años 2001-2011) su enfoque y los criterios que se usaban eran meramente culpabilísticos, se buscaba al cónyuge culpable y se resarcía al cónyuge inocente (quien era el abandonado, el agraviado

por la violencia o por la infidelidad). En una segunda etapa (del 2011 a la actualidad), marcada por el tercer pleno casatorio civil, se ha producido un cambio parcial de enfoque en donde confluyen criterios de orden objetivo (edad, salud, decisiones de los cónyuges en favor de la familia) y de orden subjetivo (infidelidad, intención de divorciarse, violencia física o psicológica, incumplimiento de obligaciones alimentarias).

Quinta: El cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, y beneficiario de la indemnización regulada por el artículo 345-A del Código Civil, no debe ser identificado como el cónyuge abandonado, agraviado por violencia o infidelidad, sino debe ser identificado como el cónyuge que sufre la inestabilidad económica y para cuya identificación, además, deberá tomarse en cuenta datos objetivos como el patrimonio y los ingresos previsibles de los cónyuges tras el divorcio; la situación laboral de los cónyuges; el régimen patrimonial del matrimonio; las decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos; situación previsional y de seguridad social; duración de la vida común; la existencia de una unión de hecho impropia durante la separación de hecho; las probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar actividad lucrativa; la edad; el estado de salud; el grado de instrucción y la experiencia laboral; el aporte a la actividad del otro cónyuge; entre otras circunstancias, cuidando siempre de excluir criterios culpabilísticos que nada tienen que ver con la indemnización estudiada.

Sexta: La comprensión de la real naturaleza jurídica de la indemnización estudiada, así como el perjuicio que se pretende indemnizar y, sobre todo, de quién es el cónyuge perjudicado, permitirá otorgar indemnizaciones acordes a su función y que den la cobertura necesaria para que el cónyuge económicamente débil pueda

revertir dicha situación de inestabilidad económica a la que hace referencia el artículo 345-A del Código Civil. En la actualidad, la jurisprudencia, en base al tercer pleno, y a la voz daño a la persona, viene valorizando “equitativamente” la indemnización como si se tratará de un resarcimiento que sin duda no permite, en la mayoría de casos, superar la inestabilidad económica.

En la investigación antes descrita el autor llega a la conclusión que la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil es una obligación legal indemnizatoria que tiene por acreedor al cónyuge más débil económicamente, independientemente de cualquier alegación de culpabilidad, y que sólo se contempla la posibilidad de un pago único, sin embargo, debería regularse la renta vitalicia para casos excepcionales; no contiene criterios que permitan la identificación del cónyuge perjudicado ni criterios que permitan la cuantificación del monto de la indemnización. Dicha conclusión es contra producente habida cuenta que la norma contenida en el citado artículo no precisa nada sobre el particular, limitándose solo con señalar una indemnización.

### **2.1.3.- Antecedentes locales.**

Se ha encontrado, respecto de la investigación, antecedentes indirectos como es el caso de: Título: *“IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL DISTRITO DE BARRANCA-2015”*. Autor: Marysol CHAMBI ALDEA DE SILVA. Año: 2016. Universidad: UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO. Para optar el título profesional de Abogado.

Conclusiones:

Primera.- Demandar la dificultad de la vida en común como factor determinante para la probanza de la causal, importa una marcada situación que se espera sea

apreciada a partir de hechos originados que se busca sean de naturaleza concluyente y recogidas por el encausamiento jurídico, principalmente si la exigencia normativa adiciona el ser examinada en proceso judicial.

Segunda.- La causa de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común solo consigue ser invocada por el cónyuge agraviado. Aun cuando la ratio legis de la regla fue la de identificar y clasificar esta ocurrencia causal con la discrepancia de caracteres, se evidencia que ella no puede ser solicitada de esta manera, ya que los factores que establecen la incompatibilidad no son únicamente de uno de los cónyuges sino de la pareja.

Tercera.- A partir la óptica del juzgador se concebirá deba mantenerse en hechos objetivos que demuestren de manera indubitadamente la absoluta dificultad de hacer vida en común con el esposo emplazado, tratarse además de graves afectaciones honestas, pero no sólo invocadas en una demanda y diligencias varias, sino estimadas razonablemente a través de auxilios legales oportunos: técnicas psiquiátricas, psicológicas, y equivalentes.

Cuarta.- La causal de imposibilidad de hacer vida en común no posee naturaleza imparcial y así correspondería entenderse, ya que los hechos que dan lugar a esta causal deben comprobarse, certificándose la culpabilidad del cónyuge a quien se demanda, descartándose la exégesis bipolar de esta causal.

El autor de la investigación concluye que la acción de imposibilidad de hacer vida en común solo puede ser invocada por el conyugue perjudicado, y que los que incurrn en esta causal deben comprobarse, certificándose la culpabilidad del cónyuge perjudicado, pero en realidad si analizamos dichas conclusiones no aporta en absoluto a la ciencia del derecho, porque es sabido que esta causal solo puede ser invocado por el cónyuge agraviado y no por el ofensor.

## **2.2.- BASES TEÓRICAS**

**B.T.1** Principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.

### **La pretensión de divorcio en el Código Civil.**

Nuestra norma contenida en el Código Civil, modificada por Ley N° 27495, prevé una forma de disolución del matrimonio complejo y mixto, al comprender en ello las causales inculpatorias y las no inculpatorias, determinando el divorcio conocido como sanción y el divorcio remedio.

### **CLASES DE DIVORCIO:**

En materia de divorcio la doctrina considera varias clases de divorcio, siendo la tradicional clasificación la que diferencia el divorcio “absoluto” con el divorcio “relativo”, dependiendo si el divorcio será subsistente o no el vínculo matrimonial. Empero, se tendrá para los efectos de su clasificación al elemento subjetivo, es decir la existencia o no de culpa, y al elemento objetivo básicamente. Siendo así el divorcio es de dos clases:

#### **a) Divorcio sanción.**

De acuerdo a esta clase de divorcio se considera para los efectos de la disolución como responsable a uno de los cónyuges o a ambos, básicamente por incumplimiento de ciertos deberes matrimoniales que señala la ley o caso contrario por la conducta que el Juez al fundamentar su decisión judicial valore como grave por ser contraria a la moral, y que constituye la secuencia de la sanción del culpable que se proyecta en diversas formas, como la pérdida por ejemplo de los derechos a la herencia, a una pensión de alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

“La causal de divorcio de naturaleza culposa viene a constituir un hecho voluntario que consiste en el incumplimiento de alguno de los deberes del matrimonio a la que



la legislación de forma directa o a través de la valoración de los hechos efectuados por el Juez que la califica negativa y gravemente. De la determinación de la culpabilidad o inocencia de uno de los consortes se va obtener ciertos beneficios o perjuicios, que se tendrán en cuenta al momento de la decisión”.

Con relación de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, señalaron lo siguiente: *“De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, se debate sobre quien resulta perjudicado y de ahí quien es culpable o inocente y sobre todo se encuentra orientada en buscar nada conveniente, de los secretos ocultos de los pliegues de la vida marital (...) En el denominado divorcio-sanción básicamente está orientado en la búsqueda de hechos que entrañan la falta de cumplimiento de los deberes de la relación conyugal, consistente en el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”*

#### **b) Divorcio remedio.**

En esta clase de divorcio, el Juez solo se limita con corroborar la separación de hecho de los cónyuges, que será de dos años o cuatro años si cuentan con hijos menores de edad, sin necesidad de que sean valoradas las conductas culpables e imputables a alguno de los consortes. En este caso, el divorcio no considera ni trae consigo una sanción a las partes, sino solo la solución a los procesos en los que la relación conyugal se ha roto de forma irrevocable y se desvanecieron los fines del matrimonio. El divorcio en estos casos no se encuentra dirigido a frustrar la relación matrimonial, y sus fines, sino con declarar una situación de hecho de incompatibilidad matrimonial que aconteció antes de la interposición de la demanda

de proceso de divorcio. En el concreto caso, la separación de hecho de los cónyuges, acreditada en el proceso correspondiente, confirma la quiebra del vínculo matrimonial, muy independientemente si el cónyuge inocente o culpable interponga la acción.

Pues sostenemos que el solo hecho que un cónyuge interponga una acción ante el Juez competente contra el otro, definitivamente revela ausencia de amor entre ellos, lo que constituye una causa suficiente que justifica la separación de cuerpos o su disolución; en ese sentido se le ha denominado como la tesis de la frustración de este instituto, con lo que se corrobora con la imposibilidad de toda reconciliación de la ruptura de la vida conyugal a causa del fracaso fundadamente del matrimonio. De tal manera que podemos sub clasificar al divorcio en:

- a) Divorcio remedio restringido: Esta dada en caso la ley restringe, bajo enunciados de la situación objetiva que da lugar a su configuración como tal.
- b) Divorcio remedio extensivo: En este caso se configura esta clase cuando comprende una causal de naturaleza potestativa aludida expresamente por el legislador o cuando de manera nominada o innominada describe a una situación de forma compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial.

El divorcio sanción a diferencia del divorcio remedio, puede ser declarado a solicitud de uno de los cónyuges, y también puede materializarse a pedido de cónyuges por mutuo disenso, sin invocar alguna causal inculpatoria. Es necesario señalar que en países como España, a consecuencia de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil Español, en materia de separación de cuerpos y divorcio en sus diversas causales, se abrogó las causales de divorcio sanción, optándose únicamente por el divorcio remedio, de manera tal, que el mismo puede declararse sin la necesidad de alegar alguna causal, y prescindiendo del trámite o

acreditación de la separación previa sea judicial o de hecho, es más los cónyuges pueden solicitar de manera conjunta en un solo escrito, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro mediante poder por escritura pública, a estos se les conoce con el nombre de divorcio consensuado, o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro, denominado divorcio contencioso, en la que se resolverá un conflicto de intereses, bastando para ello solo que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo requisito el transcurso del plazo para la acción contenida en la demanda cuando se pruebe la existencia evidente de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante y de ser el caso de los hijos de ambos cónyuges o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

El divorcio como sanción para el cónyuge culpable, se distingue con el divorcio remedio desde el punto de vista de una familia insostenible, está dada por la complejidad de los caracteres existentes entre los cónyuges, así como de sus efectos, como consecuencia del incumplimiento de los deberes que nacen del matrimonio conyugales y sus fines, cuyo conflicto nace y se torna insoportable en la medida que éstos que con los hijos que procrearon, no pueden, no saben o no quieren asumir el respeto de la naturaleza ética del proyecto existencial, impone la unión, sin que para tal efecto deba mediar inexorablemente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo catalogan Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan de manera acertada y contundente lo siguiente: *“Según tendencia, la separación de cuerpos o el divorcio por causal solo pueden ser ordenados judicialmente ante la prueba y alegación de hechos atribuibles, de uno o de los cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta básicamente en decretar la separación de cuerpos o el*

*divorcio por causal, aun sin alegar hechos a uno de los cónyuges, o a los dos, si, pese que el vínculo matrimonial está desatinado y la vida conyugal resulta imposible o intolerable de recomponerse. Desde este punto de vista no se requiere la adecuación de conductas culpables; la separación de los cónyuges o el divorcio implican, esencialmente, un remedio, una solución del conflicto en el matrimonio, y no divorcio sanción tendiente a evitar perjuicios mayores para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones de otros países ya modernos tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio y no sanción, sin que incumba investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto matrimonial, o, lo que es igual, cuál de ellos es el culpable del divorcio. Es que lo básico de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges”.*

## **CAUSALES DE DIVORCIO**

El Código Sustantivo, con la modificatoria que se introdujo por Ley NO. 27495, ha contemplado la vigencia de dos sistemas en el marco de la institución de divorcio: entre ellos tenemos que es uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro de en su contexto objetivo, en el marco de la ruptura del vínculo matrimonial. Por lo que tenemos que el ordenamiento civil, regula varias causales de divorcio entre el inciso 1 al 12 del artículo 333 en su contexto.

Las causales que se desprenden del artículo 333 del Código Civil, en los incisos 1 a 11 se consideran como divorcio-sanción, teniendo en cuenta que importan conductas de los cónyuges imputables a dolo o culpa que violentan los deberes que nacen del matrimonio. Por lo que la constatación de estas causales se

sujetar a que las partes acrediten sus hechos con medios probatorios, que admitidas y actuada será valorado por el Juzgador mediante la apreciación razonada, al momento de fundamentar su decisión judicial.

Para Zannoni, es considerado como caracteres comunes a todas esas causales de separación de cuerpos y de divorcio, que constituyen “*conductas antijurídicas*” que vulneran la observancia de los deberes y derechos que nacen del matrimonio y que deben de cumplir los consortes, tanto más, que tratándose de la causal de atentado contra la vida del cónyuge, que configura propiamente un ilícito penal. Señala Zannoni al respecto de la forma siguiente: “*La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su imputabilidad al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la culpabilidad (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas dolosas, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados hechos deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente culposos, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de animus iniuriandi, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor*”.

Es preciso señalar que las causales que se refieren en los incisos 12 y 13 del artículo 333 del Código Material, se engloban dentro de una clasificación del divorcio remedio, por la existencia objetiva de la separación de los cónyuges sin el animus de una posible reconciliación, evidenciándose ineludiblemente el quiebre de la unión matrimonial. En ninguno de los supuestos se requiere probar los hechos o causas que causaron la separación de los cónyuges, solo debe limitarse el Juez con constatar el hecho objetivo consistente en el cese definitivo del deber de

cohabitación por el período que establece la ley, que según nuestra legislación de dos años y de cuatro si hay hijos menores.

Como podemos advertir, nuestra legislación se adscribe a un modelo mixto que acoge tanto causales de divorcio sanción como de divorcio remedio, conforme a las doctrinas modernas existentes en el temas.

### **El divorcio por la causal de separación de hecho.**

Es pertinente referirnos a los antecedentes y a la evolución del divorcio por las diversas causales que estamos tratando y de manera particular sobre la forma cómo se comprende en nuestro sistema jurídico.

### **Evolución en nuestro sistema jurídico.**

El divorcio ha evolucionado en nuestra legislación, con la denominación de divorcio como institución jurídica la misma que ha sido contemplado en nuestra legislación desde los albores de nuestra vida Republicana. Con el artículo 192 del Código Civil de 1852 que regulaba las causales para la declaración del divorcio, pero sin disolución del vínculo marital, el mismo que quedaba subsistente, con lo que evidencia una clara influencia del Derecho Canónico en nuestro ordenamiento jurídico.

En el año de 1930, ya con la promulgación de los Decretos Leyes No. 6889 y No. 6890 se introdujo el divorcio absoluto, es decir con disolución del vínculo matrimonial, a diferencia del Código Civil de 1852, aprobándose su reglamento correspondiente. Más adelante en el año de 1934 se promulgó la Ley No. 7894 por la cual se incorpora el divorcio mutuo disenso como causal de divorcio, que en la actual legislación se conoce como separación convencional y divorcio ulterior. Pues estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En nuestro actual Código Civil de 1984, no se introdujeron modificaciones importantes para la institución del divorcio, manteniéndose las causales del Código del 1936 las siguientes: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal antes conocido como malicioso, así como la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, también el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias tóxicas que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

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

En nuestra legislación vigente la causal de divorcio y también de separación de cuerpos, denominada causal de por separación de hecho de los cónyuges, es incorporada a nuestra norma sustantiva civil, con la promulgación de la Ley No. 27495, publicada el 07 de julio del año 2001, después de haberse trabajado en varios anteproyectos de ley, así como debates correspondientes. Conforme a continuación vemos:

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

Ante de la promulgación de la ley antes citada, fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República, con la finalidad de incorporar la causal de separación de hecho de los cónyuges dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985.

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR

(reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada ego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

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

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

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

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR. 171/2000-CR. 278/2000-CR, 555/2000-CR. 565/2000- CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también



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

#### **Publicación y vigencia de la Ley No. 27495.**

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

La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho de los cónyuges como causal de separación de cuerpos y de ulterior divorcio, considerando como requisitos para su procedencia la separación ininterrumpida de los cónyuges por un período de dos años, si no tenían hijos menores de edad a la interposición de la demanda, y de cuatro años si tenían hijos menores de edad,

asimismo cualquiera de los cónyuges podían fundar su demanda en hecho propio, a diferencia de las otras causales que no se puede fundar en hecho propio, con excepción que el alejamiento de la separación de hecho se produzca por razones laborales. En caso de existir hijos menores de edad, el Juzgador también debe pronunciarse respecto a la tenencia, régimen de visitas, alimentos de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien tenga derecho, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Más adelante, se introdujo el artículo 345-A específico en el Código Civil, con la finalidad de regular el requisito especial de admisibilidad y procedencia al interponer las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, como encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias y otras convenidas entre las partes de común acuerdo.

Igualmente, en la misma norma legal se estableció la posibilidad de fijar y ordenar el pago de una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge inocente o que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como a sus hijos, incluso pudiendo optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, a favor del cónyuge perjudicado, muy independientemente de la pensión de alimentos que por derecho le pudiera corresponder, en observancia de las normas a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Sustantivo, obviamente siempre que resulten pertinentes.

Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo. El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por

tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Es más en las demandas de divorcio que se encontraban en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción, eran pasibles de modificación para comprenderse y adecuarse en esta nueva causal de divorcio remedio.

El supuesto antes aludido lo configura la doctrina como una excepción al principio de irretroactividad de la ley, que se presenta en los siguientes casos, a saber: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4) en los supuestos de disposiciones de carácter complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica.

Con buen criterio JUAN ESPINOZA ESPINOZA señala que cuando se deba aplicar la Ley 27495, el Juez debe ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería *“(...) tan absurdo como si, al remontamos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente:“(...) el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo*

*de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio”.*

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

El concepto de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, se ha realizado en sus diversas formas: Así tenemos que se afirma que: “La separación de hecho es la situación de hecho en la que se encuentran los cónyuges que sin decisión previa del Órgano Jurisdiccional, rompen el deber de cohabitación de forma permanente y por el tiempo que señala la ley, ello sin que causa justificada, y que dicha separación puede ser en forma voluntaria por uno de o ambos cónyuges.

Igualmente se considera que la separación de hecho viene a ser un estado jurídico en que se encuentran los esposos, quienes sin sentencia judicial definitiva previa, quebrantan uno de los deberes que nace del matrimonio consistente en el deber de cohabitación, sin que la necesidad jurídica lo establezca, ya sea en forma voluntaria o que devnga de ambos consorces.

La Corte Suprema de Justicia de la República, ya en reiterada jurisprudencia, ha definido la causal de separación de hecho de los cónyuges como: “(...) *la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos*”.

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

La causal de separación de hecho, tiene una naturaleza jurídica como una causal objetiva, que se configura con la acreditación del hecho de la ruptura de la vida en común por el tiempo que establece la norma jurídica. Empero, la norma

contenida en la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley No. 27495, implícitamente admite el análisis de las posibles causas que dieron lugar a dicha separación, pues al regular que no puede tener en cuenta como cese del derecho de la cohabitación aquella que se justifique en razones de índole laboral. Asimismo, la norma contenida en el artículo 345-A del Código Sustantivo, prevé a la indemnización de daños, comprendiendo en su estructura el daño personal o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, a favor del cónyuge inocente o más perjudicado con la separación; que deberá ser analizada por el Juez, en tal medida, el Juzgador debe fundamentar su decisión judicial, sobre hechos que dieron lugar a la separación, analizando aspectos subjetivos inculpatorios a uno de los cónyuges, con la finalidad única de determinar la procedencia de la indemnización y ordenar el pago del monto a resarcir.

Pues bien se concluye que la causal de separación de hecho contenida en el inciso 12 del artículo 333 del Código Material, tiene una naturaleza objetiva y a su vez subjetiva, ya que no sólo se configura con la acreditación de la separación física ininterrumpida y definitiva de los cónyuges, sino básicamente por la intención deliberada de uno de los cónyuges o de ambos de no continuar la vida en común.

### **ELEMENTOS O REQUISITOS CONFIGURATIVOS DE LA CAUSAL**

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

#### **a) Elemento material.**

Está constituido por el hecho de la separación corporal de los cónyuges, es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común. Empero puede

darse que por razones diversas sobre todo económicas los cónyuges tengan que habitar bajo el mismo techo, pese su renuencia a seguir su vida en común, ocupando distintas habitaciones, manejando horarios distintos a fin de no coincidir con el único nexo de comunicación con los hijos. En este supuesto, la separación de hecho definitivamente no puede ser interpretada como habitar bajo un mismo techo, sino como la renuencia total y absoluta de los deberes que impone el matrimonio.

**b) Elemento psicológico.**

Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges ya sea de ambos o de uno de ellos, para reanudar la comunidad de vida en común. Siendo así, no puede sostenerse la separación de hecho de los cónyuges como causal de divorcio, cuando se produzca, verbigracia, por índole de naturaleza laboral, o por una cuestión impuesta jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial por existen mandato de detención; o en el caso en que el cónyuge tiene que viajar al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio o capacitación. Empero, terminada cualquiera de las circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retomar la vida en común al hogar conyugal, y en el caso de no hacerlo, se recién se configurará la causal de separación de hecho.

Realizando un análisis de los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley No. 27495, QUISPE SALSAVILCA refiere que: *“(...) no se configura la causal cuando el corpusseparationis se produce como resultado de una actividad -laboral- que indirectamente revela la presencia de una affectio maritalis. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter numerus clausus o si por el*

*contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la affectio maritalis como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el animus de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente".* En el mismo sentido PLÁCIDO VILCACHAGUA señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros.

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

Para que se configure esta causal basta que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se haya retirado del hogar voluntariamente, para que se estime la pretensión de divorcio, sin que sea necesario para ello que el cónyuge demandado pueda alegar no tuvo que él, por el contrario, no tuvo la mínima voluntad de separarse.

### **c) Elemento temporal.**

Este elemento se configura por la acreditación de un lapso o periodo mínimo de tiempo de separación de los cónyuges: que puede ser de dos años si no existen hijos menores de edad a la interposición de la demanda, y cuatro años si los tuvieron. Sobre el particular cabe señalar que la norma jurídica no precisa que los

plazos puedan ser materia de adicionarse independientes, en el supuesto de que se configure la continuidad en el transcurso del tiempo, pero en el caso de un estado en el que se quiebra el deber de cohabitación de forma definitiva y permanente, es coherente que se entienda que se trata de un plazo transcurrido sin solución de continuidad computable a la fecha de incoación de la demanda.

Cabe señalar que no opera plazo de caducidad alguno, al invocar esta causal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 339 del Código de la norma Civil, encontrándose expedida la acción mientras subsistan los hechos que la motivan.

## **DIFERENCIA CON OTRAS CAUSALES**

Habiendo definido a la separación de hecho de los cónyuges, como como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, ya sea por voluntad de uno o de ambos, sin ser necesario alegar culpa imputable a ninguna de las partes, excepto para la determinación de sus efectos o consecuencias de la declaración sobre el fondo de divorcio, pues bien la diferencia existente entre esta causal en su conjunto con la separación de hecho, y las demás previstas dentro de la categoría del divorcio sanción resulta evidente, desde el quiebre del matrimonio, no se declara a consecuencia de la acreditación de un proceder doloso o culposo del otro cónyuge, como en el caso del adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, y otras, sino sólo del hecho objetivo de la separación de hecho por un lapso determinado y sin la voluntad de reconciliarse, sin inmiscuirse al análisis de las causas que lo motivaron. Sin embargo, como se ha visto, en el caso de divorcio sanción, las causales son de naturaleza inculpatórias y, por consiguiente, debe establecerse el factor de atribución que respecta a la causal específica en cada caso concreto.



**a) Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.**

La causal de abandono injustificado de la casa de los cónyuges, básicamente se configura con la sustracción material o física del hogar conyugal por uno de los cónyuges, con la finalidad de sustraerse de manera dolosa y consciente de las obligaciones conyugales o deberes que nacen del matrimonio. Como se puede observar, para la concurrencia de esta causal no es suficiente el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los cónyuges, sino que se tiene que acreditar el elemento subjetivo que consiste en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales, y que no sólo incluye el deber de cohabitación, sino también el de asistencia alimentaria, entre otras obligaciones, lo que no se requiere para la configuración de la causal de separación de hecho, de tal manera que por el contrario, para que se estime la última causal citada, se requiere al demandante que puede ser perfectamente quien se retiró del hogar y que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias.

**b) Con la causal de Imposibilidad de hacer la vida en común.**

Esta causal se trata como una causal residual, pero en la medida que en ella, abarquen conductas no establecidas taxativamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Sustantivo, aunque algunos tratadistas estiman que se refiere a la incompatibilidad de caracteres básicamente entre los cónyuges a un grado que sea imposible la convivencia por el conflicto estado permanente entre ellos, mientras que para otros estudiosos en la materia se trata de una definición puramente abierta, que corresponde al Juzgador calificar el supuesto sancionado por el legislador. Pues para la configuración de esta causal, no se tiene que acreditar que las partes, a la fecha de la incoación de la acción, se encuentren separadas físicamente, como en la causal de separación de hecho que si se exige,

siendo así, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decreta la disolución del vínculo matrimonial.

## **EFFECTOS LEGALES**

Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

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

Empero, en el caso de la causal de separación de hecho, la norma del artículo 345-A del Código Civil, ha previsto consecuencias específicas, ya que no estamos ante una causal inculpatoria con consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Por lo que ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, por cuanto de no ser así, se promovería a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. Pues la solución contraría obligaría al otro cónyuge al divorcio, permitiéndose con ello al cónyuge culpable, obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares.

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

A) El pronunciamiento en la sentencia de una indemnización por daños, que comprende el daño personal, o de ser el caso la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado, en caso este no tenga condiciones económicas para ello. Este aspecto será analizado con mayor profundidad en adelante.

B) La cuota por concepto de pensión de alimentos que correspondería a favor del cónyuge o de los hijos menores en caso los hubiere; por consiguiente, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges establecida en el primer párrafo del artículo 350 del Código Sustantivo, norma que es aplicable en caso del divorcio sanción; estando para ello facultado el Juzgador con apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso específico. Es de aplicación, de la misma manera de lo dispuesto en el artículo 342 de la norma antes citada, que indica: *“El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”*.

La citada norma en análisis adiciona como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, los siguientes:

a) El fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y la liquidación por partes iguales de los bienes gananciales, conforme al artículo 323, sin soslayar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales en forma proporcional a la duración de la separación conforme al artículo 324.

b) Igualmente, debemos precisar que el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro, conforme al artículo 352.

c) Asimismo el cónyuge separado por culpa suya, también pierde los derechos hereditarios que le corresponden según el artículo 343.

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

a) Uno de los efectos es que los hijos se deben confiar al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, empero el Juez determine lo contrario, por el bienestar de los hijos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o de ser el caso, si existen motivos graves, una tercera persona, por ejemplo los abuelos. Esta decisión de designar debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, también a los hermanos o tíos. En caso ambos cónyuges son culpables, se debe decidir que los hijos varones mayores de siete años queden a cargo del padre y las hijas menores de edad, y los hijos menores de siete años de edad, al cuidado exclusivo de la madre, sin embargo ello no es absoluto porque el Juez puede determinar otra cosa. Buen en caso el padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejercerán la patria potestad respecto de los hijos, el otro queda suspendido en su ejercicio, reasumiendo de pleno derecho en caso el cónyuge a quien se le ha confiado muere o resulta legalmente impedido conforme al artículo 340 de la norma civil.

b) Sin embargo, en cualquier momento, a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, el Juez puede dictar las medidas que sean requeridas por nuevos hechos y que considere beneficiosa para los hijos, conforme al artículo 341, ya que las sentencias en derecho de familia son de carácter formal y no material.

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

Nuestra legislación civil vigente ha establecido dos formas de indemnización en los casos de divorcio por causal y de la pretensión de separación de cuerpos.

En los casos del divorcio sanción, se aplica para el primero, y cuyo sustento es la culpa del cónyuge que incurre en la causal en la que se funda el divorcio, por lo que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias mal cónyuge. La segunda forma de indemnización es para los efectos del divorcio remedio que se ha incorporado por la Ley No. 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria, como en el caso de la separación de hecho. Para explicar los efectos de la sentencia casatoria se necesario desarrollar los siguientes aspectos más relevantes de la indemnización en el caso del divorcio remedio.

### **Concepto.**

En la legislación comparada y la doctrina se ha determinado un régimen de responsabilidad de naturaleza familiar para los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, que sienta sus bases en la denominada compensación económica, llamada de otro modo también pensión compensatoria.

HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ, compartiendo criterio con PEREDA Y VEGA SALA, concibe a esta compensación 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, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”*. Empero, este concepto se refiere a la compensación que se fija y ordena en el divorcio sanción y remedio, es decir por causas inculpatorias y no inculpatorias, ya que la prestación se impone, según se dice, *“al margen de toda responsabilidad”*.

Como se ha podido observar, en nuestra legislación civil, el divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, se sustenta en causas definitivamente no inculpatorias; ya que puede accionar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea este culpable o inocente de la separación de hecho, y también cuando haya mediado mutuo acuerdo de los cónyuges para el alejamiento. En consecuencia, la fijación de la indemnización, o de ser el caso de la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe disponer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y la indemnización debe comprender tanto el detrimento patrimonial como el daño a la persona, sea psicológico o moral.

Pese a ello, es necesario señalar que la citada causal de divorcio, si bien se funda en un criterio objetivo, en donde no es valorada la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; empero, para el establecimiento de la indemnización se hace necesario invocar ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de determinar al cónyuge más perjudicado. Pues en ese sentido, se considera como tal aquel cónyuge: a) que no haya dado motivos para la separación de hecho, en lo más mínimo, b) que a consecuencia de esa separación de hecho haya quedado en una manifiesta situación de detrimento y desventaja económica con respecto al otro cónyuge, y a la situación que tenía durante la vigencia del vínculo matrimonial, c) que haya sufrido daño a su persona, incluso el daño moral y psicológico.

A manera de ejemplo podemos citar el caso típico de la separación de hecho de los cónyuges cuando se produce por decisión unilateral de uno de los consortes, cuando se aparta del hogar conyugal sin causa legal no justificación alguna. En otra hipótesis tenemos, en caso el cónyuge se aparta al inicio por un motivo

justificado consistente por enfermedad, trabajo o estudios, pero luego de haber terminado ese motivo se rehúsa deliberada e injustificadamente a retornar al hogar.

Aun en el caso en que se produzca un acuerdo entre los cónyuges respecto de la separación de hecho, el Juzgador puede comprobar e identificar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la terminación matrimonial, y, por ende disponer el pago de una indemnización o la adjudicación de bienes a favor del cónyuge perjudicado.

Asimismo pueden acontecer otros dos casos con respecto al cese definitivo de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse ya sea en forma verbal o escrito, para evitar que continúe el maltrato ya sea físico o moral, e incluso los hijos también pueden ser objeto de maltratados; y b) cuando uno de los cónyuges se retira de manera unilateral del hogar porque su cónyuge lo maltrataba o ejercía violencia familiar en cualquiera de sus formas. Pues en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge, y se puede identificar y acreditar fácilmente su condición de cónyuge perjudicado en gran medida con respecto del otro, y por consiguiente determinarse una indemnización a su favor.

### **Naturaleza jurídica.**

Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza;

### **Carácter alimentario.**

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la

indemnización compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

#### **Carácter reparador.**

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial y al efecto se establece una pensión compensatoria.

#### **Carácter Indemnizatorio.**

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. 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 matrimonial. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

#### **Carácter de Obligación Legal.**

Un grupo muy importante de la doctrina, señala que establecer la indemnización, en comento tiene el carácter de obligación legal, ya que el ordenamiento jurídico, impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación económica a favor del otro cónyuge, con el objeto de corregir un desequilibrio o una desigualdad económica como consecuencia del divorcio o la nulidad del



matrimonio, y así evitar el perjuicio del cónyuge más débil de la relación. Es este caso no es necesario la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento legal de esta obligación indemnizatoria la encontramos en el derecho a la equidad y sobre todo en la solidaridad familiar. En cuanto a este fundamento último, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la vida familiar, esto es de los daños de naturaleza endofamiliares, que vulneran derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado, sino también de los hijos que son los más perjudicados, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la denominada solidaridad familiar.

#### **Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual.**

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad.

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición, pese a que algunos distinguen su aplicación y señalan que para los efectos del divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual, contenida en el artículo 2001 del Código Civil, por las características propias del Derecho de Familia y, que por otro lado, para los efectos del divorcio remedio se debe aplicar un tipo de responsabilidad civil especial y familiar. Por lo que se puede convenir parcialmente, que en el caso del divorcio sanción, en donde concurre la culpabilidad de uno de los consortes, la indemnización se sujeta básicamente a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, por las características, la naturaleza, y las particularidades del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio

definitivamente no es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual, sino de responsabilidad civil especial y familiar.

### **Nuestro sistema normativo.**

Para nuestra legislación vigente la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, se encuentra regulada en el artículo 345- A del Código Civil, y tiene el carácter de una obligación legal, que por el Jus Imperium debe ser cumplida en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una determinada suma de dinero o caso contrario, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se ha optado por dos soluciones de carácter alternativo, que a la vez es de carácter excluyentes y definitivas. Empero, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema jurídico esta forma de indemnización no sólo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño a la persona.

La obligación indemnizatoria se fundamenta y justifica en la misma ley, y su finalidad no es el resarcimiento de daños, sino el corregir y equilibrar desigualdades de índole económica resultantes del quiebre matrimonial; en tal sentido 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”*.

La necesidad de la equidad es obligatorio en la determinación de la indemnización sea pecuniaria o la adjudicación de bienes, que presupone la concurrencia de algunos elementos de convicción del perjuicio, que están dadas por las pruebas, las presunciones, la ficción legal y los indicios, que sirven de

referentes para identificar plenamente al cónyuge más perjudicado, y sobre todo la magnitud del perjuicio y el monto indemnizatorio.

Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria.

## **DE LA INDEMNIZACIÓN Y LOS DAÑOS PERSONALES.**

Para los fines de determinar la indemnización, resulta muy importante la distinción entre: a) los perjuicios que se originaron como consecuencia de la separación de hecho producida mucho antes de la incoación de la demanda, b) de los perjuicios que se producen desde la nueva situación jurídica determinada con el divorcio mismo con sentencia constitutiva, que tiene como base temporal la sentencia firme sea consentida o ejecutoriada expedida en dicho proceso.

La indemnización en el primer supuesto, debe comprender los perjuicios desde que el alejamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona, y a la situación material del otro cónyuge más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, si tuvo que demandar el

cumplimiento, de la obligación alimentaria, entre otros. Es necesario puntualizar que un tema es la conducta culpable, culpa en sentido amplio de uno de los cónyuges, que ocasiona la separación de hecho por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho, y otro tema diferente es el hecho objetivo de la misma separación, la misma que puede ser alegada como causal de divorcio e incluso por el cónyuge que motivó la separación conyugal.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece la relacionando situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Díez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: *“La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se estime, se trata definitivamente de compensar a aquel cónyuge que se involucró y se dedicó a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”*.

La pérdida de la estabilidad económica de uno de los consortes debe ser constatado por el Juzgador, de la actuación de las pruebas en el proceso: y no debe

ser generado de la conducta de uno de los cónyuges, sino que provenga del hecho objetivo del alejamiento fáctico, o en su caso del divorcio en sí, con la prescindencia de toda forma de culpabilidad. Pues bien es distinto señalar que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es constituye presupuesto necesario para la configuración de la causal de divorcio. En este punto cabe hacer una interrogante: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, será procedente fijar una indemnización a favor de éste. No por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante sería declarado improcedente en aplicación del artículo 427 de la norma adjetiva civil.

Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

En principio, el “daño personal” a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985 del Código Civil.

El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina Italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego, aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace

alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima.

El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación {privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico).

También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, “pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y dones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se tenía en las opciones para

conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aun cuando no se trate de un resultado seguro sino probable -no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos'. Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que 'la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente' y que "la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción".

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que "la noción del denominado 'proyecto de vida' concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)". No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción pública, una beca de estudios superiores), precisamente porque dicho concepto un se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

La aplicación del concepto de proyecto de vida por extensión, en esa línea de argumentación, sobre todo el de proyecto de vida matrimonial, para los efectos de la fijación de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, pues resulta muy discutible, con poco desarrollo en la jurisprudencia y la doctrina,

como lo señala la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no solo por la imprecisión de su contenido y alcances, sino básicamente porque en muchos de sus aspectos y hechos, en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño es muy controversial, y en otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Es más, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, ni menos indicadores mensurables, ya que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. Sin embargo en otras áreas del derecho con relación a los daños, como en el caso de responsabilidad civil extracontractual, se analizaría la posibilidad de su aplicación razonable, pero en ciertos casos específicos, y sobre todo demostrando la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto materia de imputación.

Para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, uno de los aspectos determinantes para la estimación de pago de la indemnización económica o la adjudicación de un bien de la sociedad conyugal, está dado teniendo en cuenta la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio por causal.

De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación existente entre el daño a la persona y el daño moral que es de género a especie. Empero, cabe señalar el mismo Código Civil de 1984, no es sistemático en emplear el concepto de daño moral, pues en ciertos casos lo utiliza como sinónimo de daño a la persona, tal como se puede verificar en la norma contenida en el artículo 1322, y en otros, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984,



que aun diferenciándolo del daño a la persona, como tal ocurre en el del artículo 1985.

El daño a la persona, viene a ser la lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto lo afecta y compromete a la persona, en todo cuanto definitivamente carece de connotación de naturaleza económico patrimonial. Por lo que, en consecuencia, el daño a la persona viene a ser toda lesión a sus derechos e intereses, que no pueden tener contenido patrimonial directo, aunque para los efectos de la indemnización se tenga que cualificarse económicamente.

Respecto al daño a la persona, para los efectos de determinarse se requiere que este sea cierto y personal, que exista una relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño, y también debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado.

Es necesario establecer que el daño a la persona debe necesariamente comprender al daño moral, que está configurado por las tribulaciones, consistentes en angustias, sufrimientos psicológicos, aflicciones, también los estados depresivos que padece una persona como consecuencia de ello. Es preciso señalar que en el caso de la separación de hecho, estos padecimientos los sufre sobre todo el cónyuge más perjudicado, sin que con ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos pero en menor grado.

Un importante sector de la doctrina jurisprudencial señala que el daño psíquico se halla comprendido también en el daño moral, que en suma tienen sustanciales diferencias. Pues si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, empero el daño psíquico implica un estado patológico de enfermedad, constituida por una alteración psicopatológica y, por ende, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica.

Nuestra legislación propone que el Juzgador al emitir su decisión debe velar por el cónyuge más perjudicado de la relación matrimonial, y a tal efecto puede realizarlo de dos formas: a) ordenando el pago de una determinada suma de dinero en calidad de indemnización, o b) también ordenando la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado puede elegir por esas dos formas, conveniente a sus intereses. Elija o no por la indemnización o adjudicación, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada y conveniente al caso concreto a favor del cónyuge perjudicado.

Para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, como regla general debe establecerse y ordenarse, en un solo monto dinerario y no en armadas, que el Juez estime justo en atención a las pruebas ofrecidas y actuadas, y a lo que resulta del proceso. Pues no se refiere a una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está facultado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, y que debe ser ordenada en cuotas periódicamente, durante un cierto tiempo.

Con respecto a la indemnización por daño moral, este se encuentra comprendido dentro del daño a la persona, y que debe ser fijado y ordenado con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de prueba que lo acrediten, de tal manera que no puede representar un monto puramente simbólico o irrisorio, a la forma de un simple reproche a una conducta, empero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto del cónyuge perjudicado que implique “un cambio de vida” en el cónyuge perjudicado o para su familia. Menos debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar básicamente acorde con el caso concreto, la gravedad del daño moral, sus circunstancias, entre otros.

Asimismo, también se tendrá en cuenta al momento de ordenar, algunas circunstancias como el estado de salud, la edad del cónyuge, la posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, así como el abandono del otro cónyuge a su esposo e hijos, a tal extremo de demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, en proceso de alimentos, también se tendrá en cuenta la duración del matrimonio y de vida en común, y por último las condiciones económicas, sociales y de ambas partes.

Si bien es cierto que en ejecución de sentencia el Juzgador, a solicitud de la parte beneficiada o de ambos cónyuges, puede fraccionar en cuotas el monto indemnizatorio, para el cumplimiento de su pago, en atención a las circunstancias del caso, empero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se podría convenir algún tipo de garantía ya sea personal o real.

#### **B.T.2 La tutela jurisdiccional efectiva.**

##### **La función tuitiva del juez en los procesos de familia.**

El marco del proceso de familia se puede concebir como aquello que se encuentra destinado a la solución de un conflicto de manera sencilla y rápida, que surgen dentro de la esfera de las relaciones de naturaleza familiar y personal, ofreciendo una protección adecuada y oportuna a la parte perjudicada, ya se trate de hijos, padres, hermanos, cónyuges, entre otros, que se diferencia del proceso civil, teniendo en cuenta la naturaleza de los conflictos a ventilarse, y que imponen al Juzgador una conducta conciliadora y sensible, que supere las formalidades y las cuestiones técnicas, limitándose con reservar la confrontación como última posibilidad.

La legislación y la doctrina procesal contemporánea, destacó la gran importancia existente en la relación entre el proceso y el derecho sustantivo, es por ello que se postula el carácter instrumental del derecho procesal con relación del derecho sustantivo o material. En este orden es ineludible destacar que el derecho sustantivo condiciona e influye por lo general al legislador para precisar una determinada estructura a cada tipo de proceso; igualmente, la naturaleza de la del derecho objetivo y del conflicto de intereses que surge de éste, influye de manera diversa en el comportamiento de los sujetos del proceso, sobre todo en el Juez, pues, con la demanda incoada el accionante plasma al proceso una serie de hechos que configuran una determinada situación o relación jurídica sustantiva, que sirve de base para la actuación probatoria y que será objeto de valoración en el pronunciamiento en la sentencia.

Por lo que siendo así, la naturaleza del derecho sustantivo de familia, en sus diversos grados y distintas áreas, condiciona al legislador y al Juzgador, en la regulación y desarrollo de los procesos que correspondan a aquella naturaleza, tratando de evitar el exceso de la formalidad y la ineficacia del instrumento procesal. Pues se comprende para tal efecto, por un lado, que el proceso cuente con una estructura con principios flexibles y, por otro lado, el Juzgador en materia de familia cuente con amplias facultades de protección, para la efectividad de los derechos.

A la familia se le asigna finalidades básicamente tuitivas que trascienden los intereses estrictamente personales, de modo que su ejecución no puede dejarse al libre arbitrio individual. Es preciso señalar que a consecuencia, es que los poderes jurídicos que se atribuyen al individuo en el área patrimonial son de ejercicio libre, y es por ello que son estrictamente derechos subjetivos, pues los poderes que surgen de las relaciones jurídico familiares, son de naturaleza

instrumental, y se atribuyen al titular del derecho, para que mediante su interposición se cumplan los fines previstos por el ordenamiento jurídico.

### **Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia.**

El principio de consonancia denominado de congruencia, por el cual el Juez debe respetar la pretensión propuesta por las partes, limitando su pronunciamiento solo a aquellas alegaciones presentados en los escritos de demanda, contestación a la demanda, reconvenición y absolución a la reconvenición, pues no se puede desviar a lo propuesta por las partes, fallando más allá del petitorio que los mismos justiciables establecieron, la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Adjetivo Civil, concordante con los artículos 50 inciso 6) y 122 inciso 3) del citado cuerpo normativo reconocen al principio de congruencia.

Conforme señala DAVIS ECHANDÍA, “Este principio cuenta con una extraordinaria importancia, ya que se encuentra ligado íntimamente con el derecho a la defensa reconocido constitucionalmente, asegurando a las partes del proceso, tenga conocimiento de las pretensiones o imputaciones formuladas en su contra, de manera tal que la actividad probatoria, las excepciones o defensas previas y las alegaciones se orienten por ellas. OSVALDO A. GOZAÍNI señala que la congruencia entre las pretensiones solicitadas y su decisión en el proceso se da en un triple orden siguiente: de sujetos, objeto y de causa.

Es necesario señalar que el principio de eventualidad o preclusión procesal prevé el orden en el debate en sus diversas etapas del proceso, para alcanzar sus fines, de tal manera que llevado adelante la etapa correspondiente se prohíbe el retroceso en el en el proceso. Por su lado, el principio de preclusión conlleva que

se aproveche la oportunidad de cada ocasión procesal de manera íntegra, deduciendo en su acumulación eventual, los medios de defensa de forma y de fondo, que se disponga para que surtan sus efectos, es decir para estar preparado sin improvisar en caso uno o varios de ellos no los producen.

Los denominados principios de preclusión, eventualidad procesal y de congruencia, determinan que el Juzgador en su decisión judicial se pronuncie solo respecto de los hechos y el petitorio incoados por las partes en sus actos postulatorios de demanda y contestación. Asimismo, estos principios establecen que las partes, en sus pretensiones interpuestas, así como en los medios de defensa, que coincidan a sus intereses, y se deduzcan también en la etapa de inicio del proceso, ya sea acumulada de manera alternativa, subordinada o accesoria. Es más, estos principios deben aplicarse de manera flexible sobre todo en los procesos de familia y, tanto más, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, con relación a la indemnización.

Cabe hacer una interrogante, si se considera una vulneración al principio de congruencia, en caso el Juez de Familia, fundamenta su decisión sobre pedidos o petitorios implícitos. Para tal efecto se debe de partir considerando el tipo de pretensión que se aborda en un proceso de familia, advirtiéndose muchos de ellos como conflictos íntimos y personales que las partes se muestran renuentes a exponer libremente, que puede ser por simple pudor o también por desconocimiento, sobre la existencia del mecanismo destinado precisamente a tutelar su derecho a la dignidad. Por lo que no resulta lógico que ante una pretensión que contiene un proceso tuitivo, no se flexibilice el principio de congruencia, en estos procesos para efectos de revisar, analizar y solucionar el

conflicto, de forma independiente en los términos en los que se hubiera planteado la demanda.

Es preciso señalar que en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, las partes interesadas, expresa hechos claros y concretos en cualquier estado del proceso, haciendo referencia al perjuicio que resulta una d las partes como consecuencia de dicha separación o del divorcio, en este caso el Juez debe ponderar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito es decir por más que no lo haya invocado y, por ende, debe ser materia de pronunciamiento en la resolución que contiene la sentencia, garantizando de esta manera a las partes, el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural mediante los medios impugnatorios. Por lo que el pedido implícito en la pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho, se encuentra considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia o consonancia.

*“La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez director del proceso, bajo control de los abogados en contienda el que habrá de suministrar -con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable- prolija y razonada motivación (...).”*

Los principios de preclusión, eventualidad procesal, y de congruencia, entre otros, se deben aplicar en forma flexible sobre todo en los procesos de familia, particularmente en los procesos de divorcio por causal y por separación de cuerpos,

con el fin de darle una mayor efectividad a los derechos materiales, que se ventilan en estos procesos y especialmente cuando estén de por medios los niños, adolescentes, a la familia monoparental, como producto de la disolución del matrimonio, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como ocurre en esta clase de procesos.

En el contexto de un Estado democrático y social de Derecho, se explican y justifican otras formas de flexibilizaciones del principio de consonancia procesal, que resultan necesarios hacer referencia, como: a) en el proceso laboral nuevo, que se encuentra regulado por la Ley N° 29497, se admite la hipótesis de que el juez en la sentencia, disponga el pago de sumas mayores que aparecen en el monto del petitorio demandado, si en caso apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y se dispone también que el desembolso de intereses legales no requieren ser demandados porque se encuentra implícitos en el petitorio, b) en el caso del proceso contencioso administrativo, que se encuentra regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el reconocimiento de la situación jurídica lesionada, pese a que no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

### **Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia.**

El principio de principio dispositivo o de iniciativa de parte, se establecido como característica de los procesos de derecho de familia, ya que constituye una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, de tal manera se le



conceden facultades extraordinarias al Juez para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso, alcanzando la paz en justicia.

Una de esas facultades es la de integrar precisamente el petitorio con pretensiones acumulables, sobre las que es necesario emitir un pronunciamiento al emitir sentencia, ya que afectan a los hijos o al régimen patrimonial de sociedad d gananciales que se pretende dejar sin efecto. Tenemos como referencia representativos respecto de la acumulación de pretensiones en el derecho de familia, relativos a la separación de cuerpos o divorcio por causal, conforme a lo regulado por los artículos 340 y 342 del Código Sustantivo y el artículo 483 del Código Adjetivo Civil, concordante con el artículo 87 ultima parte del citado cuerpo normativo; igualmente en el caso de invalidez del matrimonio sea por nulidad o anulabilidad, conforme lo establece el artículo 282 del Código Objetivo, y en los procesos con pretensiones de patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes.

De manera acertada se sostiene que la acumulación puede ser objetiva o subjetiva, asimismo puede presentarse incluso en los supuestos, en que no se incoen demandas con pretensiones accesorias, *“siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal,*

*que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”*

Por lo que el Juez de familia está facultado, si es necesario, para integrar mediante resolución la demanda con pretensiones acumuladas accesoriamente previstas de manera expresa por la ley, y procederá hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos. Asimismo se podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, al cónyuge perjudicado.

Es lógico puntualizar que la flexibilización del principio de congruencia según nuestro ordenamiento procesal civil, se admite casos de acumulación extemporánea y de acumulación tácita. Conforme se puede advertir de la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) en caso no se demandan pretensiones accesorias, sólo procede acumularse hasta antes del saneamiento del proceso, b) sin embargo cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se van a considerar tácitamente integradas a la demanda.

### **2.3 DEFINICIONES CONCEPTUALES**

- **Divorcio.**- El divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial. En términos legales, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, según la cual ambas partes tendrán que negociar las responsabilidades que les corresponde para continuar con sus vidas de forma independiente.

- **Indemnización por divorcio.**- La indemnización en un proceso de divorcio la exige el cónyuge inocente cuando se considera lesionado en algún “legítimo interés personal”. ¿ Qué se entiende por lesión de algún legítimo interés personal”?

Hace referencia al daño de carácter no patrimonial, el cual se entiende cómo una afectación a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento. Por eso, también se le conoce como daño moral.

- **Principio de congruencia.**- El principio de congruencia procesal implica por un lado que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios.

- **Separación de hecho.**- Constituye una de las causales de separación de cuerpos o de divorcio, que constituye el incumplimiento del deber de cohabitación, es decir, que los cónyuges ya no vivan juntos, y que esta separación haya sido por un período largo y sin interrupciones de dos a cuatro años (si tienen hijos menores de edad). En este caso, los cónyuges no tienen la voluntad de hacer la vida en común, puede darse ya sea porque uno de los cónyuges se aleja por su propia voluntad o por el acuerdo de ambos.

- **Tutela jurisdiccional efectiva.**- Se considera a la tutela jurisdiccional como el poder que tiene toda persona sea esta natural o jurídica, para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional; es decir, permite a todo sujeto de derechos ser parte en un proceso y así causar la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas.

## **2.4 HIPÓTESIS**

El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, no tiene relevancia significativa porque vulnera la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

### **Hipótesis específico**

**SH1.-** El nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, es bajo en la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

**SH2.-** El nivel de frecuencia de aplicación del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, es relativamente bajo en la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

## **2.5 VARIABLES**

### **2.5.1 Variable Independiente**

El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.

### **2.5.2 Variable Dependiente**

La tutela jurisdiccional efectiva

## 2.6 CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADORES
<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p> <p><b>El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.</b></p>	<p>-Facultades tuitivas del juez derivados de las relaciones familiares y personales.</p> <p>- Flexibilización de principios y normas procesales.</p>	<p>La protección especial a: el niño, la madre, el anciano,</p> <p>La Protección especial a la familia y el matrimonio,</p> <p>De iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión.</p> <p>Acumulación de pretensiones,</p>
<p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p> <p><b>La tutela jurisdiccional efectiva</b></p>	<p>- Procesos sobre divorcio y separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho.</p> <p>- De parte o de oficio una indemnización por daños.</p>	<p>- La estabilidad económica del cónyuge perjudicado.</p> <p>- Daño a la persona.</p> <p>- Alegación de la parte referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí.</p> <p>- El derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural</p>

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo sustantiva, ya que tiene como base la descripción en el tiempo sobre los expedientes que se tramitaron en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial, 2017, sobre Divorcio por Separación de Hecho, en donde el Juez ordenó de oficio el pago de una indemnización al cónyuge perjudicado.

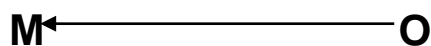
##### 3.1.1 Enfoque

El trabajo de investigación es cuantitativo toda vez que está enfocado en el ámbito jurídico social, ya que aborda una problemática social, en el sentido que aplicando el Tercer Pleno casatorio, el Juez de oficio ordena una indemnización no obstante el cónyuge perjudicado no lo ha solicitado accesoriamente, menos aún ofreció medio probatorio que pruebe dicho extremo, a la cual pretendo otorgarle una solución desde la perspectiva jurídica para lograr una pronta solución a este problema.

##### 3.1.2 Alcance o nivel

La investigación tiene el alcance o nivel de descriptiva – explicativa.

##### 3.1.3 Diseño



Dónde: M = Es la muestra

O = Es la Observación

### 3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

- **Población.** La población que se utilizó en la investigación han sido los expedientes de procesos sobre Divorcio por causal de Separación de Hecho, tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de la Zona Judicial de Huánuco, en el periodo 2017.

- **Muestra.** Se determinó de manera aleatoria 06 expedientes, sobre Divorcio por causal de Separación de Hecho del Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, 2017.

### 3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

<b>Técnicas</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Utilidad</b>
Análisis documental	Matriz de análisis	Recolección de datos
Fichaje	Fichas Bibliográficas, y de resumen	Marco teórico y bibliografía

### 3.4 TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

- Se analizó críticamente los contenidos de los expedientes seleccionados sobre Divorcio por causal de Separación de Hecho, así como de los libros, revistas y páginas web vinculadas al tema.

- Ficha de análisis de los documentos estudiados y analizados a lo largo de todo el proceso de investigación.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

#### **4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS.**

Analizados los instrumentos de recolección de datos, descritos en el proyecto de investigación, se llevó adelante la realización de la aplicación correspondiente para su análisis, ya que el resultado informativo que se obtuvo, es el indicante de las conclusiones a las que se llegó en la investigación.

La finalidad de la presente investigación científica contenida en el informe de tesis es dar solución a un problema no solo en el marco teórico, sino de manera fáctica teniendo en cuenta que el tema jurídico relacionado, al tercer pleno casatorio, que faculta al Juez disponer la indemnización por daño moral al cónyuge que resulte perjudicado, en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, pues no se podría ordenar el pago de una indemnización solo con los dichos de uno de los cónyuges, sin ofrecer medios probatorios que acrediten ello, pues quien alega los hechos debe de probarlos, más aun que los principios de preclusión y eventualidad también se han flexibilizado, por lo que las partes pueden en cualquier estado del proceso, ofrecer medios probatorios que acrediten los hechos expuestos. Para ello, se aplicó una ficha de observación como instrumento de medición sobre una muestra que consta de seis expedientes sobre divorcio por causal de separación de hecho, en la que mediante sentencia se ordenó el pago de una indemnización al cónyuge perjudicado, pero solo con sus dichos, sin ofrecer medios probatorios que corroboren encontrarse afectado con la separación de hecho, así mismo explorar y brindar alternativas de solución que hagan posible su atención.



Los resultados obtenidos del análisis realizado a seis expedientes sobre divorcio por causal de separación de hecho, tramitados por ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, 2017, siendo así, mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado, se determinó, que en el mencionado Juzgado, no se demandó ni accesoriamente la pretensión de indemnización, ni se reconvino, menos se ofreció medios probatorios que acrediten dicha pretensión el mismo que vulnera el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

**CUADRO No. 01**

<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>				
<b>EXPEDIENTE</b>	<b>LA PROTECCIÓN ESPECIAL A: EL NIÑO, LA MADRE, EL ANCIANO,</b>	<b>LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO,</b>	<b>DE INICIATIVA DE PARTE, CONGRUENCIA, FORMALIDAD, EVENTUALIDAD, PRECLUSIÓN.</b>	<b>ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES,</b>
<b>No. 00094-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	SI	NO
<b>No. 00434-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	SI	NO
<b>No. 00642-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	SI	NO
<b>No. 01532-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	SI	NO
<b>No. 01711-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	SI	NO
<b>No. 02495-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	SI	NO

En el primer cuadro se advierte expedientes tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, 2017, sobre Divorcio por Causal de separación de Hecho, se advierte una especial protección a la madre en su condición de cónyuge, así como la familia y el matrimonio, empero en todos los expedientes la accionante de la pretensión de Divorcio por Causal, no demandó accesoriamente la pretensión de indemnización.

**CUADRO No. 02**

<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>				
<b>EXPEDIENTE</b>	<b>LA ESTABILIDAD ECONÓMICA DEL CÓNYUGE PERJUDICADO.</b>	<b>DAÑO A LA PERSONA.</b>	<b>ALEGACIÓN DE LA PARTE REFERIDOS A LOS PERJUICIOS RESULTANTES DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO</b>	<b>EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PARTES, EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN</b>
<b>No. 00094-2017-0-1201-JR-CI-02</b>	SI	SI	NO	NO
<b>No. 00434-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	NO	NO
<b>No. 00642-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	NO	NO
<b>No. 01532-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	NO	NO
<b>No. 01711-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	NO	NO
<b>No. 02495-2017-0-1201-JR-FC-02</b>	SI	SI	NO	NO

En el segundo cuadro se advierte expedientes tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, 2017, en las que se advierte que en todos los procesos se ha velado por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, al disponer el pago de una indemnización por daño a la persona, asimismo se evidencia que no existe alegación de las partes referidos a los perjuicios resultantes de la causal de separación de hecho, igualmente no se respectó el derecho de defensa de las partes contenido en el principio de contradicción.

### Cuadro N° 03

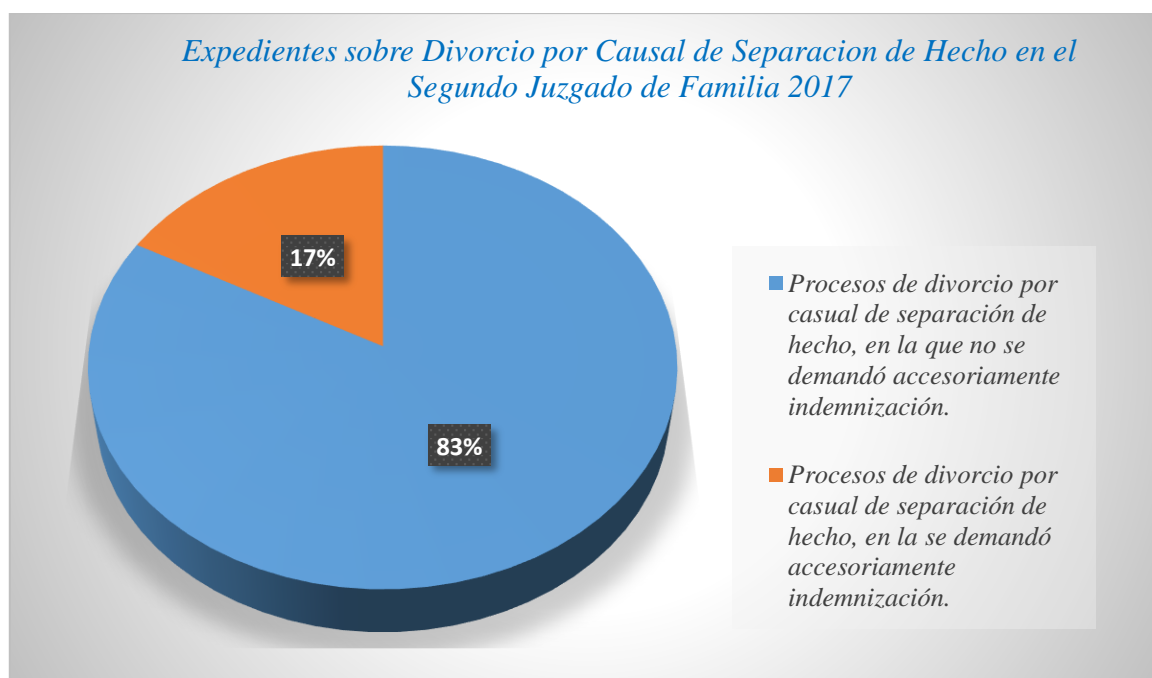
Muestra el total de los expedientes del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, del cual se desprende que la resolución contenida en la sentencia que ordena el pago de indemnización a favor de la cónyuge perjudicada no ha sido demandada accesoriamente, ni reconvenida por la parte demandada.

En el cuadro descrito a continuación se determina del total de los expedientes sobre divorcio por casual de separación de hecho de los cónyuges, no se demandó accesoriamente, ni fue materia de reconvenición por la parte demandada.

<i>Expedientes sobre divorcio por causal de separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia, 2017</i>	<i>Fi</i>	<i>%</i>
<i>Procesos de divorcio por casual de separación de hecho, en la que no se demandó accesoriamente indemnización.</i>	<i>05</i>	<i>83 %</i>
<i>Procesos de divorcio por casual de separación de hecho, en la se demandó accesoriamente indemnización.</i>	<i>01</i>	<i>17 %</i>
<b><i>TOTAL</i></b>	<b><i>06</i></b>	<b><i>100 %</i></b>

Fuente: Matriz de Análisis de Expedientes sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

Elaborado: Tesista



Fuente: Matriz de Análisis de Expedientes sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

Elaborado: Tesista

### **Análisis e interpretación**

Habiéndose efectuado un análisis a la muestra del proceso de divorcio por casual de separación de hechos de los cónyuges, que consta de 06 expedientes, tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, 2017, en la cual la parte demandante en su escrito de demanda de divorcio por casual de separación de hecho, no solicitó de en forma acumulativa objetiva originaria accesoría el pago de una indemnización a su favor, advirtiéndose en ese sentido de lo aplicado el 83 % de los expedientes.

Ahora bien, el 17% de los expedientes, tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que la parte accionante a su pretensión principal de divorcio por causal de separación de hecho, demandó en forma accesoria el pago de una indemnización.

### **Conclusión.**

Como resultado podemos afirmar que en el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco se evidencia un mayor volumen de expedientes en los demandantes al interponer la pretensión de divorcio por causal de separación de hecho, contenida en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, no solicitaron acumulativamente en forma objetiva originaria accesoria el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, por los siguientes fundamentos que desglosaremos a continuación:

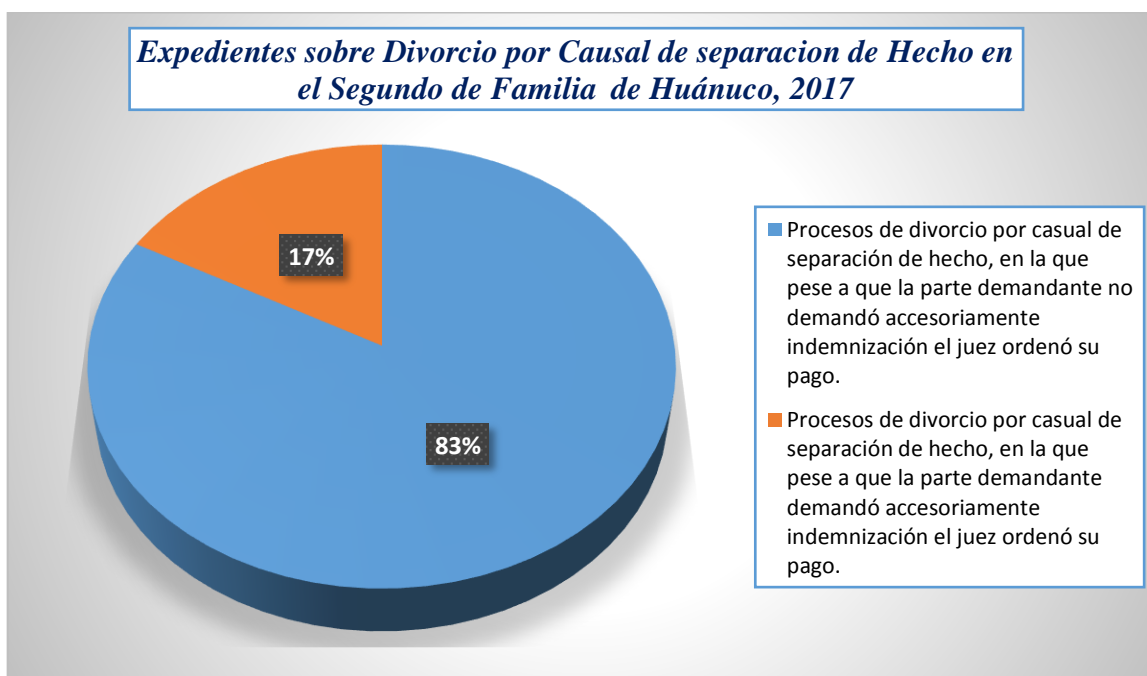
- Por desconocimiento de la defensa de la parte demandante en el tema de acumulación de pretensiones.
- Por no contar con medios probatorios que acrediten la pretensión accesoria de indemnización.
- Por desconocimiento por la defensa de la parte demandante que los principios procesales de formalidad, eventualidad y preclusión, se han flexibilizado de tal manera, si no se ha interpuesto en su oportunidad demanda de indemnización en forma accesoria, a la pretensión principal de divorcio por causal por separación de hecho, en cualquier estado del proceso podrá solicitarse.

**Cuadro N° 04**

<i>Expedientes sobre divorcio por causal de separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia, 2017</i>	<i>Fi</i>	<i>%</i>
<i>Procesos de divorcio por casual de separación de hecho, en la que pese a que la parte demandante no demandó accesoriamente indemnización el juez ordenó su pago.</i>	<i>05</i>	<i>83 %</i>
<i>Procesos de divorcio por casual de separación de hecho, en la que pese a que la parte demandante demandó accesoriamente indemnización el juez ordenó su pago.</i>	<i>01</i>	<i>17 %</i>
<b>TOTAL</b>	<b>06</b>	<b>100%</b>

Fuente: Matriz de Análisis de expedientes sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

Elaborado: Tesista



Fuente: Matriz de Análisis de expedientes sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

Elaborado: Tesista

## **Análisis e interpretación**

Habiéndose analizado la muestra de la presente investigación, referente a 06 expedientes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, 2017, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, se advierte de lo aplicado que el 83% de los expedientes pese a que la parte demandante no demandó accesoriamente el pago de una indemnización, es más sin contar con medios probatorio que acredite dicha pretensión, solo con sus dichos ordenó el pago de una determinada suma de dinero por concepto de indemnización a favor de la cónyuge agraviada, y el 17% se ordenó el pago de una indemnización al haberlo solicitado accesoriamente a la pretensión principal de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges.

## **Conclusión.**

De la obtención de todos estos resultados, es posible llegar a una conclusión la cual está dada que el mayor porcentaje de los expediente de Divorcio por Causal de Separación de Hecho, pese a que la parte demandante no demandó accesoriamente el pago de una indemnización, es más sin contar con medios probatorios que acredite dicha pretensión, solo con sus dichos ordenó el pago de una determinada suma de dinero por concepto de indemnización a favor de la cónyuge agraviada, vulnerando su derecho de contradicción, y que un menor porcentaje se tiene que se ordenó el pago de una indemnización al haberlo solicitado accesoriamente a la pretensión principal de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges.

## 4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y PRUEBA DE HIPÓTESIS

Con los datos e información recopilados y consecuentemente analizados e interpretados previamente, mediante técnicas e instrumentos aplicados, se puede evidenciar que en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, se determinó, que en el mencionado Juzgado, no se demandó ni accesoriamente la pretensión de indemnización, el mismo que vulnera el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, al disponer mediante sentencia el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, sin que el demandado pueda hacer uso de su derecho de contradicción en la etapa procesal correspondiente, presentando medios probatorios que desvirtúan el pago de una indemnización a favor de la otra cónyuge, tanto más, si no se fijó como puntos controvertidos el pago por dicho concepto.

En el primer cuadro se advierte expedientes tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, 2017, sobre Divorcio por Causal de separación de Hecho, donde se puede advertir una especial protección a la madre en su condición de cónyuge, así como la familia y el matrimonio, empero en todos los expedientes la accionante de la pretensión de Divorcio por Causal de Separación de Hecho, no demandó accesoriamente la pretensión de indemnización, ni se reconvino, menos se ofreció medios probatorios que acrediten los hechos expuestos con relación a dicha pretensión. Por lo tanto, aceptamos como válida y cierta la hipótesis general: El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, no tiene relevancia significativa porque vulnera la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, al disponer mediante sentencia el pago de una indemnización a



favor del cónyuge perjudicado, sin que el demandado pueda hacer uso de su derecho de contradicción en la etapa procesal correspondiente.

En el segundo cuadro se advierte expedientes tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco, 2017, en las que se advierte que en todos los procesos se ha velado por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, al disponer el pago de una indemnización por daño a la persona, asimismo se evidencia que no existe alegación de las partes referidos a los perjuicios resultantes de la causal de separación de hecho, igualmente no se respetó el derecho de defensa de las partes contenido en el principio de contradicción. Por lo tanto, aceptamos como válida y cierta la sub hipótesis 1: El nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, es bajo en la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, al disponer mediante sentencia el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, sin que el demandado pueda hacer uso de su derecho de contradicción en la etapa procesal correspondiente.

En el tercer cuadro se puede apreciar del total de los expedientes del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, 2017 que la resolución contenida en la sentencia que ordena el pago de indemnización a favor de la cónyuge perjudicada no ha sido demandada accesoriamente, ni reconvenida por la parte demandada de lo que se tiene que de los 06 expedientes, tramitados en el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, 2017, la demandante en su escrito de demanda de divorcio por casual de separación de hecho, no acumuló en forma acumulativa objetiva originaria accesoria el pago de una indemnización a su favor, advirtiéndose de ello el 83 %

de los expedientes, y solo un 17 % de los expedientes, la parte accionante a su pretensión principal de divorcio por causal de separación de hecho, demandó en forma accesoria el pago de una indemnización. Por lo tanto, aceptamos como válida y cierta la sub hipótesis 2: El nivel de frecuencia de aplicación del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, es relativamente bajo en la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, al disponer mediante sentencia el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, sin que el demandado pueda hacer uso de su derecho de contradicción en la etapa procesal correspondiente.

Del cuarto cuadro se verifica de lo aplicado que el 83% de los expedientes pese a que la parte demandante no demandó accesoriamente el pago de una indemnización, es más sin contar con medios probatorio que acredite dicha pretensión, solo con sus dichos ordenó el pago de una determinada suma de dinero por concepto de indemnización a favor de la cónyuge agraviada, y el 17% se ordenó el pago de una indemnización al haberlo solicitado accesoriamente a la pretensión principal de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges. Por lo tanto, aceptamos como válida y cierta la hipótesis general: El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, no tiene relevancia significativa porque vulnera la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, al disponer mediante sentencia el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, sin que el demandado pueda hacer uso de su derecho de contradicción en la etapa procesal correspondiente.

En este sentido, con la presente investigación se ha comprobado, que durante el año 2017 en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, el principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por las razones antes expuestas.

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **5.1. CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

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.

La obligación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *quantum* indemnizatorio.

De acuerdo a los resultados obtenidos después de analizadas los expedientes sobre Divorcio por casual de separación de hecho de los cónyuges del Segundo Juzgado de Familia de Huánuco 2017, en la que el Juez del proceso ordena el pago de una indemnización por daño a la persona a favor de la demandante, pese no haber sido demandado en forma accesoria a la pretensión principal de divorcio, y lo más grave sin que haya ofrecido medio probatorio que acredite dicha pretensión, pues si bien es cierto el Tercer Pleno Casatorio flexibilizó algunos principios como

el de congruencia procesal, formalidad, eventualidad y preclusión, que faculta al Juez disponer la indemnización por daño moral al cónyuge que resulte perjudicado, sin embargo nada impide al juez que vía aclaración de la pretensión de divorcio pueda éste adecuar su pretensión accesoria y ofrecer medio probatorio que acredite dicho extremo de la pretensión de indemnización, lo que no ocurrió en el presente caso, el mismo que vulnera el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva de la parte demandada, al disponer mediante sentencia el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, sin que el demandado haga uso de su derecho de contradicción en la etapa procesal correspondiente.

#### **A.- Contrastación con los objetivos de la investigación.**

Luego de terminada la investigación es sumamente necesario realizar la confrontación de la situación problemática de los asientos y de la conjetura propuesta con las resultas obtenidas, subsecuentemente, se confirma que el principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, no tiene relevancia significativa porque vulnera la tutela jurisdiccional efectiva del otro cónyuge.

La interrogante que hemos planteado al iniciar el trabajo de indagación es:

Determinar cuál es la relevancia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

Luego de concluido la investigación y a la luminiscencia de los resultados obtenidos se pudo determinar que el principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho carece de relevancia porque

vulnera la tutela jurisdiccional efectiva, tal como se evidencia de los cuadros y gráficos obtenidos al concluir la investigación.

### **B.- Contrastación con la hipótesis.**

Habiéndose formulado de la siguiente manera: El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, no tiene relevancia significativa porque contraviene la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.

Con referencia a la justificación si efectivamente el tercer pleno casatorio, al facultar al Juez disponer la indemnización por daño moral al cónyuge que resulte perjudicado, contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al principio de congruencia del otro cónyuge, es correcto la justificación pues no se podría ordenar el pago de una indemnización solo con los dichos de uno de los cónyuges, sin ofrecer medios probatorios que acrediten ello. **Por lo tanto, aceptamos como válida y cierta esta hipótesis general.**

Formulada la sub hipótesis: El nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, es bajo en la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017. Se vulnera inevitablemente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del otro cónyuge. **Por lo tanto, debemos aceptar como válida y cierta la sub hipótesis 1.**

Formulada la sub hipótesis: El nivel de frecuencia de aplicación del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, es relativamente bajo en la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de

Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017. Definitivamente si al Juez disponer la indemnización por daño moral al cónyuge, solo con los dichos de uno de los cónyuges, sin ofrecer medios probatorios que acrediten ello que resulte perjudicado. **Por lo tanto, debemos aceptar como válida y cierta la sub hipótesis 2.**

## CONCLUSIONES

En el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017, conforme se ha analizado los seis expediente sobre divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges, se tiene que se ordenó el pago de una indemnización por daño a la persona, sin haberse demandado en forma acumulativa objetiva originaria accesoria y sin contar con medio probatorio que acredite el daño a la persona, por las siguientes razones.

**1.-** Se ha demostrado que el principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado, en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017 al disponer mediante sentencia el pago de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, sin que el demandado pueda hacer uso de su derecho de contradicción en la etapa procesal correspondiente.

**2.-** Se ha determinado que el nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, que vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado, en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017 es alta, pese a no haberse demandado accesoriamente la indemnización, se ordenó su pago mediante resolución contenida en la sentencia.

**3.-** Se ha identificado que el nivel de frecuencia de aplicación del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho que vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017 es alta, porque



el Tercer Pleno Casatorio lo flexibilizó, lo que condice que pese no haberse demandado accesoriamente la indemnización puede ser ordenada su pago mediante sentencia.

## RECOMENDACIONES

Al investigar, estudiar la muestra y comprobar nuestra hipótesis se recomienda lo siguiente:

**1.-** A los magistrados de los Juzgados de Familia de Huánuco que conocen de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges, se recomienda que para ordenar el pago de una indemnización por daño a la persona, a favor del cónyuge inocente o agraviado, previamente deben solicitar al cónyuge agraviado ofrezca medio probatorio que acredite dicho extremo.

**2.-** A los magistrados de los Juzgados de Familia de Huánuco, que conocen de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges se recomienda que al advertir de los fundamentos de hecho del escrito de la demanda que contiene la pretensión principal de divorcio por causal de separación de hecho, la afectación o daño en la persona de uno de los cónyuges, deberá disponer que el cónyuge demandante aclare su pretensión principal, a fin de que se comprenda la pretensión accesoriamente de indemnización por daño a la persona, a fin de evitar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge demandado se vulnere al recortársele su derecho de contradicción.

**3.-** A los magistrados de los Juzgados de Familia de Huánuco, que conocen de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges se recomienda, en caso de otorgar un plazo al cónyuge perjudicado a fin de que adecue la pretensión accesoriamente de indemnización por daño a la persona, y no lo efectúe dentro del plazo concedido, se desestime dicha pretensión no obstante el cónyuge agraviado cuente con medios probatorios que acredite dicho extremo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (2006) “Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional”, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima – Perú, Librería Communitas E.I.R.L.p. 163.
- AZPIRI, Jorge O. (2000) “Derecho de Familia”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., p 256.
- BENDA, Maihofer, VOGEL, Hesse, Heyde. “Manual de Derecho Constitucional”, (2001) segunda edición, Madrid, Marcial Pons. pp. 493 y ss.
- BELLUSCIO, Augusto César. (2004) “Manual de Derecho de Familia”, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., p. 79.
- BOSSERT y ZANNONI. (1999) “Manual de Derecho de Familia”, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 11.
- BORTHWICK, Adolfo E. (2003) “Principios Procesales”, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, p. 45-46.
- DIEZ PICAZO, Luis y Antonio Guitón. (2001) “Sistema de Derecho Civil”, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, p. 43.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2005) “Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984”, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 153-154.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1985) El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán. Lima. Cultural Cuzco, p. 214.
- GONZÁLES OJEDA, Magdiel. (2010) “El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano”. Derecho y Sociedad N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. (2005) “Elementos de Derecho Procesal Civil”, primera edición, Buenos Aires, Ediar, p. 385.
- HABERLE, Peter. (2001) “El Estado Constitucional”, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 225.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2004). Sujetos del Proceso Civil, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica. S.A. pp. 352-353.
- JORGE REINALDO Vanossi. (2000) “El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Sodal, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires – Eudeba, pp. 44-45.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (1976) Separación de hecho entre cónyuges, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 3.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2001) Manual de Derecho de Familia, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica. S.A. pp. 41-42.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal. (2008) Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. p.131.
- MANGIONE MURO, Mirta Hebe. (2000) Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, p. 70.

- MAX ARIAS-SCHREIBER Pezet. (1997) Exéresis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L, p. 29.

- MORELLO AUGUSTO, M. (2001) La prueba de tendencias modernas, 2da edición ampliada, Buenos Aires, pp. 98-99.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2004) Divorcio, Filiación y Patria Potestad, Lima, Editora Jurídica Grijley, p. 41.

ZANNONI, Eduardo A. (2000) Derecho Civil – derecho de familia. Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada. Primera reimpresión, Buenos Aires.

# **ANEXO**

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**“EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACION DE HECHO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL SEGUNDO JUZGADO DE DAMILIA DE LA ZONA JUDICIAL DE HUÁNUCO, 2017**

PROBLEMAS	OBJETIVO	HIPOTESIS	OPERACIÓN DE VARIABLES			
			VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTO
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b> ¿Cuál es la relevancia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017?.</p> <p><b>PROBLEMA ESPECIFICO</b> <b>PE1</b> ¿Cuál es el nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017?</p> <p><b>PE2</b> ¿Cuál es la frecuencia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b> Demostrar el grado de relevancia del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.</p> <p><b>OBJETIVO ESPECIFICO</b> <b>OE1</b> Determinar el nivel de eficacia logrado del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.</p> <p><b>OE2</b> Identificar el nivel de frecuencia de aplicación d del principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.</p>	<p><b>HIPOTESIS GENERAL</b> El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, no es relevante la tutela jurisdiccional efectiva en el Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Huánuco, 2017.</p>	<p><b>INDEPENDIENTE</b> El principio de congruencia en la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.</p>	<p>- Facultades tuitivas del juez derivados de las relaciones familiares y personales.</p> <p>- Flexibilización de principios y normas procesales.</p>	<p>- La protección especial a: el niño, la madre, el anciano, - La Protección especial a la familia y el matrimonio, - De iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión. - Acumulación de pretensiones,</p>	<p>1. Matriz de análisis. 2. Fichas Bibliográficas de resumen.</p>
<p><b>DEPENDIENTE</b> La tutela jurisdiccional efectiva</p>	<p>- Procesos sobre divorcio y separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho.</p> <p>- De parte o de oficio una indemnización por daños</p>	<p>- La estabilidad económica del cónyuge perjudicado. - Daño a la persona. - Alegación de la parte referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. - El derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.</p>				