



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POST GRADO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO



**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN
DEL DAÑO EN EL DIVORCIO SANCIÓN Y DIVORCIO
REMEDIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

TESIS

PRESENTADA POR:

EFRAÍN WILFREDO CONDORI CRUZ

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO



PUNO · PERU

2011

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO

BIBLIOTECA CENTRAL
AREA DE TESIS

Fecha Ingreso: 12 SEP 2014

Nº 10662

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POST GRADO PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL
DAÑO EN EL DIVORCIO SANCIÓN Y DIVORCIO
REMEDIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

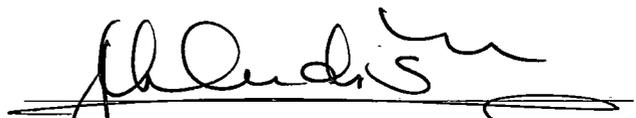
TESIS

PRESENTADA POR:

EFRAÍN WILFREDO CONDORI CRUZ

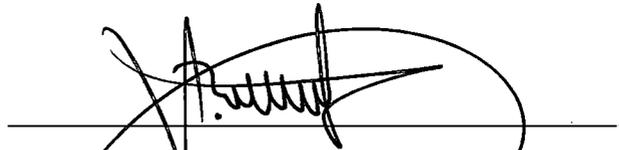
APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO :



DR. JOSÉ LUIS CUADROS MANRIQUE

1º MIEMBRO DEL JURADO :



DR. BORIS ESPEZUA SALMÓN

2º MIEMBRO DEL JURADO :



DR. LINO ARANZAMENDI NINACONDOR

3º MIEMBRO DEL JURADO :



DR. ANTONIO PANTIGOSO PACA

ASESOR DE TESIS :



DR. PIO NAPOLEÓN VILCA RAMOS

A Tomás y Sebastiana, mis padres,
por todo lo que les debo.

“No andes dando tumbos, sino en todo impulso responde con la justicia y en toda imaginación conserva la facultad comprensiva”.

MARCO AURELIO

AGRADECIMIENTO:

A los docentes del Programa del Doctorado de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno.

ÍNDICE

Resumen.....	I
Abstract.....	IV
Introducción.....	VII

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. Planteamiento del problema.....	01
2. Formulación del problema.....	05
3. Objetivos.....	06
3.1. Objetivo general.....	06
3.2. Objetivos específicos.....	06
4. Justificación de la investigación	06
5. Tipo de investigación.....	07
6. Diseño de investigación.....	08
7. Métodos y técnicas de investigación.....	08
7.1. Métodos.....	08
7.2. Técnicas de recolección de información	09

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. Definición de Familia.....	10
2. Características de Familia.....	11
3. Importancia de la Familia.....	12
4. Reconocimiento internacional de la Familia.....	13
5. La Familia en la Constitución Peruana.....	14
6. Definición de matrimonio.....	14
7. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	16
8. Concepto de divorcio.....	18
9. Divorcio absoluto y divorcio relativo.....	18
10. Concepciones filosóficas en torno al divorcio.....	19
10.1. Tesis divorcista.....	19
10.2. Tesis antidivorcista.....	20
11. Evolución histórica del divorcio.....	21
12. Sistemas del divorcio.....	24
12.1. Divorcio sanción.....	24
12.2. Divorcio remedio.....	25
12.3. Sistema acogido por el Código Civil peruano.....	28
13. Sistemas de regulación de las causales del divorcio.....	29
13.1. Sistema de determinación de causas.....	29
13.2. Sistema de indeterminación de causas.....	29
14. Concepto de causas del divorcio.....	30
15. Requisitos comunes de las causales del divorcio.....	30
15.1. Gravedad.....	31

15.2. Imputabilidad.....	31
15.3. Invocabilidad.....	31
15.4. Posterioridad al matrimonio.....	32
16. Las causales inculpatorias del divorcio.....	32
16.1. Adulterio.....	32
16.2. Violencia física o psicológica.....	34
16.3. Atentado contra la vida del cónyuge.....	35
16.4. Injuria grave.....	36
16.5. Abandono injustificado del domicilio conyugal.....	38
16.6. Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.....	39
16.7. Toxicomanía.....	41
16.8. Enfermedad grave de transmisión sexual.....	42
16.9. Homosexualidad sobreviniente al matrimonio.....	43
16.10. Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad.....	44
16.11. Imposibilidad de hacer vida en común.....	45
17. Las causales no inculpatorias del divorcio.....	47
17.1. Separación de hecho.....	47
17.2. Separación convencional.....	48

CAPÍTULO III
RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Introducción	51
2. Concepto de responsabilidad	52
3. La responsabilidad y sus diferentes manifestaciones.....	53
3.1. Responsabilidad moral.....	53
3.2. Responsabilidad ética.....	54

3.3. Responsabilidad jurídica.....	55
3.4. Responsabilidad penal.....	55
3.5. Responsabilidad administrativa.....	56
4. Concepto de responsabilidad civil.....	56
5. Funciones de la responsabilidad civil.....	57
5.1. Función reparatoria.....	58
5.2. Función preventiva.....	58
5.3. Función sancionadora o punitiva.....	59
6. Clases de responsabilidad civil.....	60
6.1. Responsabilidad civil contractual.....	60
6.2. Responsabilidad civil extracontractual.....	60
7. Evolución histórica de la responsabilidad civil.....	61
8. Fundamento filosófico de la responsabilidad civil.....	63
8.1. Análisis económico del derecho.....	63
8.2. La Justicia correctiva.....	64
9. Elementos de la responsabilidad civil.....	66
9.1. Antijuricidad.....	66
9.1.1. Concepto de antijuricidad.....	67
9.1.2. La antijuricidad en la responsabilidad contractual.....	69
9.1.3. La antijuricidad en la responsabilidad extracontractual.....	69
9.1.4. Las causas de justificación del hecho dañino.....	70
9.1.4.1. Ejercicio regular de un derecho.....	70
9.1.4.2. Legítima defensa.....	71
9.1.4.3. Estado de necesidad.....	73
9.2. El daño.....	74

9.2.1. Concepto de daño.....	75
9.2.2. Requisitos del daño.....	76
9.2.2.1. Certeza del daño.....	76
9.2.2.2. Subsistencia del daño.....	78
9.2.2.3. Afectación personal del daño.....	79
9.2.2.4. Interés legítimo.....	81
9.2.2.5. Probanza del daño.....	81
9.2.3. Clases de daño.....	82
9.2.3.1. Daños patrimoniales.....	82
9.2.3.1.1. Daño emergente.....	82
9.2.3.1.2. Lucro cesante.....	83
9.2.3.2. Daño extrapatrimonial.....	84
9.2.3.2.1. Daño moral.....	84
9.2.3.2.2. Daño a la persona.....	85
9.2.4. Formas de resarcimiento del daño.....	85
9.2.5. Criterios sobre los montos indemnizatorios del daño.....	86
9.3. Relación de causalidad.....	88
9.3.1. Concepto.....	88
9.3.2. Teorías sobre la causalidad.....	89
9.3.2.1. Teoría de la equivalencia de condiciones.....	89
9.3.2.2. Teoría de la causalidad adecuada.....	90
9.3.2.3. Teoría de la causa próxima.....	92
9.3.2.4. Teoría de la causa eficiente.....	93
9.3.3. Fracturas causales.....	93
9.3.3.1. Concepto.....	93

9.3.3.2. Caso fortuito y la fuerza mayor.....	94
9.3.3.3. Hecho determinante de un tercero.....	97
9.3.3.4. Hecho determinante de la víctima.....	98
9.3.4. Concausa.....	99
9.3.5. Pluralidad de causas o coautores.....	100
9.4. Factores de atribución.....	100
9.4.1. Concepto.....	101
9.4.2. Sistemas de responsabilidad civil extracontractual.....	102
9.4.2.1. Sistema subjetivo.....	102
9.4.2.1.1. La culpa.....	103
9.4.2.1.2. Culpa objetivo y subjetivo.....	104
9.4.2.1.3. El dolo.....	104
9.4.2.1.4. Inversión de la carga de la prueba.....	115
9.4.2.2. El sistema objetivo.....	105
9.4.2.2.1. Teoría del riesgo.....	106
9.4.2.2.2. Responsabilidad objetiva en el Código Civil peruano.....	107

CAPÍTULO IV

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO SANCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. Introducción.....	110
2. Inmunidad familiar.....	111
3. Antecedentes legislativos en el Derecho Comparado.....	114
4. Naturaleza jurídica.....	115

5. Tesis sobre la indemnización del daño en el divorcio.....	117
5.1. Tesis positivas.....	117
5.2. Tesis negativas.....	121
5.3. Tesis intermedia.....	124
6. Fundamentación jurídica y filosófica.....	125
7. Extensión de la indemnización del daño.....	129
8. Presupuestos para la indemnización del daño.....	131
8.1. Antijuricidad.....	132
8.2. Daño.....	133
8.3. Relación de causalidad.....	133
8.4. Factor de atribución.....	134
9. Daño moral.....	137
9.1. Concepto de daño moral.....	137
9.2. Daño moral objetivado y daño moral subjetivado.....	138
9.3. Teorías sobre la reparación del daño moral.....	139
9.3.1. Teoría resarcitoria.....	139
9.3.2. Teoría de la sanción ejemplar o pena civil.....	140
9.4. Valoración del daño moral.....	141
9.5. Prueba del daño moral.....	143
9.6. Legitimidad activa y pasiva.....	144
10. El daño resarcible en el divorcio sanción.....	144
10.1. El daño moral en el divorcio sanción.....	144
10.2. Posibilidad de indemnización del daño patrimonial	145
10.3. Apreciación del daño moral en el divorcio sanción.....	146
10.4. Monto de la indemnización del daño moral en el divorcio sanción...147	

10.5. Prueba del daño moral en el divorcio sanción.....	147
10.6. Legitimidad para solicitar la indemnización del daño moral	149
11. Criterios de la Corte Suprema.....	150
11.1. Cónyuge culpable.....	150
11.2. Procedencia de la indemnización.....	151
11.3. Indemnización del daño en el divorcio sanción y la responsabilidad civil extracontractual.....	152

CAPÍTULO V

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO REMEDIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. Introducción.....	157
2. Improcedencia de la Indemnización en la separación convencional.....	158
3. La separación de hecho como causal del divorcio remedio.....	159
4. Antecedentes legislativos en el Derecho Comparado.....	161
4.1. Derecho francés.....	161
4.2. Derecho italiano.....	163
4.3. Derecho español.....	163
5. Naturaleza jurídica.....	166
5.1. Teoría asistencial o alimentaria.....	166
5.2. Teoría del enriquecimiento injusto.....	167
5.3. Teoría de la responsabilidad civil.....	168
5.4. Teoría de la obligación legal.....	170
6. Presupuestos para la indemnización.....	172
6.1. Determinación del cónyuge perjudicado	173
6.2. Daño.....	174

6.3. Relación de causalidad.....	178
7. Daño resarcible en la separación de hecho.....	179
8. Daño a la persona en el Código Civil peruano.....	180
8.1. Concepto de daño a la persona.....	180
8.2. Críticas a la incorporación del daño a la persona.....	182
8.3. Daño al proyecto de vida.....	183
8.4. Indemnización del daño al proyecto de vida.....	187
8.5. El daño al proyecto de vida en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	188
8.5.1. Caso María Elena Loayza Tamayo vs. Perú.....	188
8.5.1. Caso Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú.....	191
9. El daño de proyecto de vida matrimonial.....	192
10. Legitimidad para solicitar la indemnización del daño.....	193
11. Prueba del daño.....	196
12. Quantum indemnizatorio.....	197
13. Criterios de la Corte Suprema	199
13.1. El daño en el decaimiento del vínculo matrimonial.....	199
13.2. Naturaleza del daño causado.....	200
13.3. Prueba del daño.....	203
13.4. Monto de la indemnización.....	205
13.5. Determinación del daño: de oficio o a solicitud de parte.....	208
13.6. Improcedencia de la indemnización: caso de adjudicación de un bien de la sociedad de gananciales.....	212
Conclusiones.....	213
Sugerencias.....	217

Referencias bibliográficas..... 219

Anexos..... 229

RESUMEN

La presente investigación trata sobre las diferencias de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano. En la investigación se delimita las diferencias respecto a la naturaleza jurídica, presupuestos para su indemnización y los daños resarcibles; asimismo, se establece los criterios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la República; finalmente, se propone modificación legislativa a los artículos 345-A y 351 del Código Civil.

Se ha utilizado el diseño *documental – bibliográfico*, dentro del enfoque metodológico cualitativo. Como métodos generales se utilizaron el análisis y la síntesis; también se empleó el método comparativo. Tratándose de una investigación jurídica se recurrió a los métodos dogmático y exegético.

Los resultados de la investigación nos han permitido concluir que existen diferencias entre la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio*, respecto a su naturaleza jurídica, presupuestos y daños resarcibles.

La naturaleza jurídica de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* se trata de una responsabilidad civil extracontractual; mientras que la indemnización del daño en el *divorcio remedio* tiene el carácter de una obligación legal.

Los presupuestos para la indemnización del daño en el *divorcio sanción* son: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución (dolo). En tanto que los presupuestos de la indemnización del daño en el *divorcio remedio* son: la determinación del cónyuge perjudicado, el daño y la relación de causalidad.

El daño resarcible en el *divorcio sanción* es el *daño moral*; mientras que en el *divorcio remedio* constituye el *daño a la persona*, dentro del cual también está comprendido el daño moral.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la República no ha analizado la indemnización del daño en el *divorcio sanción* desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual; solamente ha enfatizado las nociones de *cónyuge culpable* y el *legítimo interés personal del cónyuge inocente*. En la indemnización del daño en el *divorcio remedio* la Corte Suprema se ha mostrado vacilante sobre el daño causado; inicialmente precisó que se trata de daño moral y daño a la persona; luego desarrolló la noción de daño al proyecto de vida matrimonial; finalmente retomó el concepto de daño a la persona, donde incluyó al daño moral. En el *divorcio remedio*, la Corte Suprema también se mostró indeciso sobre si la indemnización procede a pedido de parte o de oficio; en algunos casos sostuvo la tesis de que los jueces deben pronunciarse de oficio; en otros precisó que el artículo 345-A no

contiene un mandato imperativo; recientemente, en la Casación No. 4664-2010-Puno uniformizó ambas tesis, fijando como Precedente Vinculante que el Juez puede fijar la indemnización de oficio o a pedido de parte.

ABSTRACT

This investigation refers about the indemnification of the damage in *divorce sanction* and in *divorce remedy* in the Civil Peruvian Code. The differences in relation to the juridical nature, requirements for its indemnification and the indemnifiable damages are delimited in this work of investigation; the same way, the criteria established followed by Supreme Court of the Republic; finally, legislative modification proposes to the Articles 345 and 351 of the Civil Code.

I have utilized the *documentary design – bibliographic, inside focus* qualitative metodológico. The analysis and the synthesis I have utilized like general methods, the comparative trying of a juridical investigation I recurred to the dogmatic and exegetic methods.

The results of the investigation have allowed us to end that exist differences between the indemnification of the damage in *divorce sanction* and *divorce remedy*, in relation to its juridical nature, requirements and indemnifiable damages.

The juridical nature of the indemnification of the damage in *divorce sanction* has relation with a civil extra-contractual responsibility; while in *divorce remedy* the indemnification of the damage has relation with a legal obligation.

The requirements for the indemnification of the damage in *divorce sanction* are *sanction*: against juridical, damage, relation of causality and factor of attribution (intention). While that the requirements of the indemnification of the damage in *divorce remedy* are: The determination of the damaged consort, the damage and the relation of causality.

The indemnifiable damage in *divorce sanction* is the *moral damage*; while in *divorce remedy* constitutes the *damage to the person*, also the moral damage is within which understood.

Finally, the Supreme Court of Justice of the Republic has not examined the indemnification of the damage in *divorce sanction* from the perspective of the civil extra-contractual responsibility; only they have emphasized the slight knowledge of *guilty consort* and *the innocent consort's legitimate selfishness*. In the indemnification of the damage in *divorce remedy* the court has shown unsteady about the caused damage; initially they specified that it is moral damage and damage to the person, next, the notion of damage to the project of married life, finally they retook the concept of the damage to the person, where they included the moral damage. In *divorce remedy*, the Supreme Court also show us irresolute if indemnification proceeds at the request of part or by court-appointment, in some cases the thesis says that Judges must pronounce oneself by court-appointment; in other ones says the article 345 do not contain an imperative mandate; recently, in the Resolution of Supreme Court, file

number 4664-2010 from Puno uniformized both theses, determining like Preceding Obligatory, that the Judge can fix the indemnification by court-appointment or at the request of part.

INTRODUCCIÓN

La familia es la célula básica de la sociedad. En ella el ser humano satisface sus necesidades primordiales, allí va adquiriendo los primeros hábitos culturales, es donde también se consolida el aspecto espiritual de la persona. Se afirma que la familia es un lugar para el establecimiento de las relaciones humanas. Sin duda la familia es una institución social, que está protegida por el Estado.

El artículo 4 de nuestra Constitución señala que el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio, a cuyas instituciones reconoce como *institutos naturales y fundamentales de la sociedad*. A esto se suma el artículo 233 del Código Civil peruano de 1984 que establece: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

La base de la familia es el matrimonio y, en este sentido, se constituye en la fuente jurídica más importante del Derecho de Familia. Por tanto, el matrimonio es una institución social de indiscutible trascendencia.

Según los artículos 288 y 289 del Código Civil son deberes del matrimonio: la asistencia, la fidelidad y la cohabitación. Muchas veces estos deberes son quebrantados por los cónyuges, por lo que el matrimonio entra en crisis. Así, aparece la figura del divorcio como una respuesta al fracaso matrimonial.

Sobre el divorcio existen dos corrientes legislativas: el *divorcio sanción* y *divorcio remedio*. En el *divorcio sanción* se busca un cónyuge culpable, en tanto que el otro es inocente. En cambio, la doctrina del *divorcio remedio* se sustenta en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial; se prescinde de la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges.

En nuestra legislación conviven ambos sistemas: el subjetivo, o de la culpa de un cónyuge; y el objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo.

En el momento de la ruptura del vínculo matrimonial, el cónyuge inocente ve frustrado su proyecto matrimonial. Surge así, un sentimiento de decepción que le afecta por el resto de su vida. El ordenamiento jurídico regula la indemnización del daño derivado del divorcio.

El artículo 351 del Código Civil consagra la indemnización para el cónyuge inocente, dentro del contexto del *divorcio sanción*. De otro lado, en el artículo 345-A, se regula la indemnización del daño para el consorte

perjudicado en la separación de hecho, que es una causal propia del *divorcio remedio*.

La aplicación de las citadas normas ha traído controversias en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, lo cual ha generado confusión a los operadores del sistema judicial.

La presente investigación trata sobre las diferencias de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano. La investigación delimita las diferencias respecto a la naturaleza jurídica, presupuestos para su indemnización y los daños resarcibles; asimismo, se establece los criterios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la República; igualmente se propone modificación legislativa a los artículos 345-A y 351 del Código Civil.

Se ha utilizado el diseño *documental – bibliográfico*, dentro del enfoque metodológico cualitativo. Como métodos generales se utilizaron el análisis y la síntesis; también se aplicó el método comparativo. Igualmente, se empleó los siguientes métodos de investigación jurídica: método dogmático y exegético.

La indemnización del daño en el *divorcio sanción* se enfoca desde la *teoría general de la responsabilidad civil* y la indemnización del daño en el *divorcio remedio*, se estudia a partir de la doctrina denominada *compensación económica*, llamada también *pensión compensatoria*.

La investigación está dividida en cinco capítulos. El primer capítulo trata sobre los aspectos metodológicos de la investigación. En el segundo capítulo se analiza la familia; el matrimonio; el divorcio; las concepciones filosóficas

sobre el divorcio; los sistemas del divorcio; y las causales del divorcio reguladas en el Código Civil peruano. El tercer capítulo está referido a la teoría general de la responsabilidad civil; en este capítulo se estudia los aspectos generales de la responsabilidad civil, dentro de los cuales se destaca las funciones y el fundamento filosófico de la responsabilidad civil; asimismo se examina detalladamente los elementos de la responsabilidad civil: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución. Los capítulos cuarto y quinto tratan sobre la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano; en ellos se analiza la naturaleza jurídica, presupuestos para la indemnización, daño resarcible y los criterios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la República. Finalmente, la tesis comprende las conclusiones y las recomendaciones del estudio; se incluye también las propuestas de modificación de las normas analizadas.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La familia es la base de la sociedad y del desarrollo humano. Es una institución básica en toda sociedad, está siempre en el interés de sociólogos, educadores, juristas y legisladores.

La base de la familia es el matrimonio, que se constituye en la fuente jurídica más importante del Derecho de Familia. En ese entender, el matrimonio es una institución social de indiscutible trascendencia.

Es importante destacar que el vínculo matrimonial origina una serie de Derechos y Deberes Patrimoniales y Personales entre los cónyuges. Así, las relaciones personales entre los cónyuges se deben regir sobre la base de tres principios básicos: fidelidad, cohabitación y asistencia recíproca.

Sin embargo, la realidad nos muestra que se presentan casos en los que ese vínculo no es más que formal, existiendo múltiples matrimonios en los que el fundamento de los Deberes y Derechos conyugales se ha extinguido. El

Derecho no puede ser ajeno a estas circunstancias, por lo que, además de regular la institución matrimonial, también debe buscar una solución jurídica al problema de los matrimonios destruidos.

En ese orden de ideas, el divorcio aparece como una respuesta jurídica al fracaso matrimonial. Con el divorcio no se busca atentar contra la institución matrimonial, sino que supone encontrar una solución eficiente y eficaz para los casos en los que el matrimonio ha perdido toda su esencia, su sentido y su contenido.

Dentro de la doctrina y la legislación comparada existen dos sistemas sobre la disolución del vínculo matrimonial: *divorcio sanción* y *divorcio remedio*.

El *divorcio sanción* se fundamenta en la culpabilidad de uno de los cónyuges, lo cual supone el incumplimiento de los deberes conyugales. En este caso, la Ley tipifica una serie de causas, en las que ha de incurrir el cónyuge para ser declarado culpable. El cónyuge inocente es el que tiene legitimidad para instar la disolución del matrimonio.

En cambio, el *divorcio remedio* se plantea fundamentalmente como una realidad, en la cual el matrimonio está quebrado, y no es posible una reconstrucción del mismo. El punto de inicio de tal situación es el cese efectivo de la convivencia conyugal con independencia del motivo que lo haya producido. En este caso, ya no se discute el por qué del fracaso conyugal, ni quién es el culpable.

El Código Civil peruano regula un régimen mixto de decaimiento y disolución del matrimonio. Por un lado, contempla causales subjetivas o

inculpatorias, propias del sistema del *divorcio sanción* (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil). De otro lado, regula causales no inculpatorias de la separación de hecho y la separación convencional, del sistema del *divorcio remedio* (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil).

Todo divorcio implica un sentimiento de frustración, los proyectos comunes quedan trancos, sea por culpa de uno de los cónyuges o de ambos. Además, produce un sentimiento de dolor. Por esta razón muchas legislaciones (entre ellos la peruana) regulan la indemnización del daño derivado del divorcio.

El artículo 351 del Código Civil peruano señala: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 345-A artículo del Código Civil prescribe: “El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

Según se aprecia, nuestro Código Civil regula la indemnización del daño derivado del divorcio, tanto dentro de la concepción del *divorcio sanción* como en el sistema del *divorcio remedio*.

Sin embargo, la aplicación de las citadas normas legales ha traído controversias en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, generando confusión a los operadores del sistema judicial. No existe uniformidad de criterios respecto a la indemnización del daño.

Conforme el artículo 351 del Código Civil sólo puede ser indemnizado el daño moral ocasionado al cónyuge inocente. El legislador no menciona la reparación del daño material ni el daño a la persona. De otro lado, la norma no hace alusión a la posibilidad de que pueda aplicarse los presupuestos de la responsabilidad civil.

Con la incorporación del artículo 345-A del Código Civil la confusión se ha agudizado. La norma ordena que el Juez debe fijar obligatoriamente la indemnización del daño a favor del cónyuge perjudicado. La doctrina y la jurisprudencia han cuestionado esta norma argumentado que la indemnización debe ser a pedido de parte. En ese sentido también se han pronunciado los magistrados del Poder Judicial en el Pleno Jurisdiccional de Familia, realizado en la ciudad de Lima, los días 07 y 08 de setiembre del 2007. Pese a ello, la Corte Suprema en algunos casos sentó su posición en el sentido de que el Juez debe fijar la indemnización de oficio.

Finalmente, el artículo 345-A del Código Civil consigna la indemnización del daño, pero no precisa qué daños pueden indemnizarse. Esta imprecisión legal ha generado diversas interpretaciones. La Corte Suprema en algunos casos ha estimado que se trata de daño moral y daño a la persona, en otros casos sostuvo que se trata de *daño al proyecto de vida matrimonial*.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación pretende responder la siguiente pregunta central:

¿Cuáles son las diferencias de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano?.

Como problemas específicos se pretende contestar a las siguientes interrogantes:

- 1) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano?.
- 2) ¿Cuáles son los presupuestos de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano?.
- 3) ¿Cuáles son los daños resarcibles en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano?.
- 4) ¿Cuáles son los criterios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio*?.
- 5) ¿Qué propuestas legislativas deben realizarse a los artículos 345-A y 351 del Código Civil peruano, a fin de darle mayor funcionalidad?.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer las diferencias de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1) Determinar la naturaleza jurídica de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano.
- 2) Identificar los presupuestos de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano.
- 3) Delimitar los daños resarcibles en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano.
- 4) Analizar los criterios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio*.
- 5) Proponer modificación legislativa a los artículos 345-A y 351 del Código Civil peruano, a fin de darle mayor funcionalidad.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Ante la problemática descrita, existe la necesidad de establecer diferencias de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio*. Por esta razón se ha realizado la presente investigación, con la

finalidad de que los operadores del sistema judicial puedan aplicar adecuadamente los artículos 345-A y 351 del Código Civil, ya que ambas normas se encuentran inmersas en distintos sistemas del divorcio.

En ese sentido, la presente investigación se justifica plenamente, máxime si se tiene en cuenta que la problemática relativa al tema se muestra preocupante para todos los agentes vinculados al quehacer jurídico y, sobre todo, para los cónyuges que resultan agraviados y perjudicados con el divorcio.

El propósito de la presente tesis es aportar al enriquecimiento de la teoría jurídica sobre la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y *divorcio remedio*. En esa medida, se busca esclarecer la naturaleza jurídica, presupuestos y daño resarcible de las citadas indemnizaciones, con lo cual se propende contribuir al logro de una eficaz aplicación de la normatividad pertinente.

5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es de carácter descriptiva y documental - bibliográfico. Es descriptiva porque está orientada a precisar las diferencias de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* en el Código Civil peruano. Es documental – bibliográfico debido a que la recolección de la información se basó en fuentes bibliográficas y hemerográficas.

Esta investigación tiene como propósito fundamental desarrollar y presentar argumentos sólidos y coherentes respecto a cada uno de los conceptos y categorías vinculados al tema, ello en la medida de que el

problema se ha generado en el ámbito de conceptos y categorías esbozados por los operadores jurídicos y por la doctrina, al resolver los casos concretos.

No se ha desarrollado el aspecto empírico o casuístico del problema, en razón de que la determinación del mayor o menor número de casos no tiene incidencia en la apreciación de los aspectos comprendidos en la problemática de investigación.

6. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Se ha planteado el diseño metodológico *documental – bibliográfico*, dentro del enfoque *cualitativo*. Para ello se planteó las siguientes estrategias: a) Elección del tema; b) Esquema provisional; c) Búsqueda y registro de fuentes jurídicas; d) Análisis e interpretación de la información recogida; e) Redacción del informe de investigación.

7. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

7.1. MÉTODOS

Como métodos generales se utilizaron: el análisis y la síntesis. También se empleó el método comparativo, ya que se contrastó los elementos similares o diferentes de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio*.

De otro lado, se recurrió a los siguientes métodos de investigación jurídica: dogmático y exegético. Se realizó el análisis dogmático de las normas jurídicas involucradas en la investigación. Así mismo, para el estudio y análisis de los textos legales se utilizó el método exegético; con este fin se utilizaron

métodos de interpretación jurídica (literal, lógico, sistemático, histórico y teleológico).

7.2. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Para la recolección de la información se utilizó la técnica del fichaje. Se ha empleado fichas bibliográficas, textuales, de resumen, de paráfrasis, de comentario y mixtas. Luego, se analizó, se procesó y se interpretó conforme a los criterios metodológicos planteados.

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO

1. DEFINICIÓN DE FAMILIA

Para algunos la palabra familia deriva de *fames* que alude a *hambre*. Para otros, deriva de la voz *famulus* que significa *siervo*.

Según CORNEJO (1991: 21) la familia en sentido amplio, “es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad”.

En sentido restringido, la familia puede ser entendida como:

a) El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse aún más cuando los hijos conviven en uno solo de los padres.

b) La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y

c) La familia compuesta, que es la nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de la familia (CORNEJO 1991:22).

2. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA

CORRAL (2005:30-32) distingue como notas características de la familia las siguientes:

1) Es una comunidad de personas, en la medida en que supone la presencia organizada de a lo menos dos individuos humanos.

2) Esta comunidad tiene su base o su origen en una unión entre hombre y mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación.

3) Las personas que integran la comunidad familiar se sienten formando parte de un grupo al cual vinculan su propio desarrollo personal. Existe entre ellas un afecto que las induce a colaborar entre sí, a prestarse auxilio y ayuda, y a aceptar la ofrecida por los demás. Este especial ánimo, que tiñe toda participación en un grupo familiar, es denominado generalmente *affectio familiaris*.

4) El afecto familiar surge naturalmente o por la relación de pareja o por el parentesco de sangre. Es ésta una característica que se ve confirmada con la observación de la realidad. El grupo de personas que puede calificarse de familia está constituido por individuos ligados, sea por una relación de pareja, sea por vinculaciones de sangre.

5) Para que esta comunidad de vida, afecto y solidaridad sea posible, se requiere que sus miembros, como situación permanente, compartan sus vidas en un mismo lugar físico: esto es, vivan juntos en una sede determinada.

6) El grupo familiar se constituye para la satisfacción de las necesidades de vida de sus integrantes y por ello éstos destinan esfuerzos para obtener los bienes materiales que lo permiten.

7) La existencia de una autoridad directiva o, si se quiere, de un orden que establezca en forma clara las cuotas de poder o las atribuciones que corresponde ejercer a ciertos integrantes para encauzar o dirigir la vida familiar.

3. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

La familia es la base de la sociedad: es su elemento natural y fundamental. Es esencial en la organización de la sociedad y del Estado. Por esta razón, se protege a la familia, a la cual elocuentemente se le ha calificado como *célula social por excelencia*.

La importancia de la familia es de tal naturaleza y trascendencia que, en términos generales, constituye la cédula de la comunidad social. En ella se llevan a cabo incontables actos de la vida diaria y se dan los sentimientos más nobles del ser humano, como el amor, el espíritu de ayuda, el desprendimiento, etc. Asimismo, es la primera escuela para la formación de la persona.

En el orden social, la familia es continuadora de las tradiciones sociales, culturales y políticas, las cuales, se van transmitiendo de generación en generación. Además, también es un factor primordial en la estabilidad social de

los pueblos, ya que el respeto y la sinceridad que rodean las relaciones familiares influyen en el recto orden social.

4. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA

Las declaraciones e instrumentos internacionales reconocen y protegen a la familia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) la reconoce como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 16).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) afirma: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” (artículo 6).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966) concibe a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” al que debe concederse “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”(artículo 10).

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966) señala: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23).

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969) prescribe: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (artículo 17).

5. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Nuestra Carta Fundamental reconoce a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad. Es más, coloca a la familia bajo la protección del Estado. Esta protección no solo debe ser por el Estado sino por la misma comunidad.

El artículo 4 de la Constitución Política de 1993 señala: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Dicho dispositivo constitucional tiene sus antecedentes en las Constituciones de 1933 y 1979. El artículo 51 de la Constitución de 1993 señala: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la Ley”. Asimismo, el artículo 5 de la Constitución de 1979 prescribe: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.

6. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO

La palabra matrimonio tiene tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido matrimonio es el acto de celebración; en un segundo, es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y, en el tercero, es la pareja formada por los cónyuges.

Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de *matrimonio fuente* (o matrimonio-acto) y *matrimonio-estado*, respectivamente.

El *matrimonio-fuente* es, pues, el acto jurídico que tiene por objeto establecer la relación jurídica matrimonial.

El *matrimonio-estado* es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración (PLÁCIDO 2001a: 55).

Según el artículo 234 del Código Civil peruano el matrimonio: “Es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de éste Código, a fin de hacer vida en común”.

Para ARIAS-SCHREIBER (1997:59-60) el matrimonio tiene los siguientes elementos constitutivos:

1) La voluntad expresada por las partes contrayentes. Esta voluntad debe ser plenamente libre y no puede ser manipulada ni mucho menos impuesta, como sucedía en tiempos pretéritos.

2) Una razón de ser o causa, que consiste en el propósito de que un varón y una mujer se unan para constituir una familia.

3) La manifestación de esa voluntad común expresada ante una autoridad, la que en nombre de la Ley declara constituido el matrimonio.

7. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

La naturaleza jurídica del matrimonio se puede sintetizar en una interrogante: ¿Qué es el matrimonio frente al Derecho?.

Para un sector de la doctrina el matrimonio es un contrato; para otros es una institución jurídica. De otro lado, existen concepciones doctrinales que sostienen que el matrimonio participa simultáneamente de la naturaleza del contrato y de la institución jurídica.

7.1. TEORÍA CONTRACTUAL DEL MATRIMONIO

Denominada también teoría tradicional. Sus máximos exponentes son los canonistas y los civilistas franceses del siglo XIX, entre ellos, POTHIER, DEMOLOMBE, COLIN, CAPITANT y JOSSERAND.

Los legisladores del Código Civil francés consideraron al matrimonio como un contrato. Precizaron que no obstante que el matrimonio difiere del común de los contratos, es siempre un contrato (SUÁREZ 2001, t. I: 54).

Según esta teoría el matrimonio es una concordia de voluntades entre los cónyuges. Esta posición ha sido duramente criticado por la doctrina. HINOSTROZA (1997: 62) señala que la concepción del contrato no puede aplicarse a la del matrimonio por lo siguiente:

a) A pesar que el matrimonio exige un acuerdo de voluntades, este acuerdo genera, más que relaciones de orden patrimonial, relaciones de carácter personal, de naturaleza ética, moral y espiritual, que no pueden valorarse en dinero ni en forma directa ni de manera indirecta.

b) El matrimonio, a diferencia de los contratos en que sí se puede, no admite que se deje sin efecto sino por causales específicas que determina la legislación civil. Es decir, las causas que originan el término del vínculo se establecen legal y no convencionalmente.

c) No se pueden imponer entre sí los contrayentes términos o condiciones.

En síntesis: podemos concluir que si bien en el matrimonio participa el consentimiento, sin embargo, no puede identificarse con el contrato, en razón de que el matrimonio es un acto de trascendencia social que atañe al mismo orden público.

7.2. TEORÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

GEORGES RENARD y MAURICE HAURIU son los defensores de la doctrina institucional del matrimonio.

Estos autores desarrollan su teoría partiendo de una interrogante concreta: ¿El matrimonio es realmente un contrato? Al cual responden sí, por el consentimiento que existe en los cónyuges. Pero, señalan que el estatuto legal que regula el sistema matrimonial está por encima de la voluntad de los esposos; es un postulado de orden jurídico, impuesto por la Ley. Por lo que, concluyen afirmando que en un inicio el matrimonio puede ser contractual, pero posteriormente, se convierte en una institución jurídica (SUÁREZ 2001: 56).

La posición que más se ajusta para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio es la teoría institucional. El matrimonio es una institución que no

depende de la exclusiva voluntad de los contrayentes, sino que los esposos deben someterse a la Ley, por tratarse de una institución trascendental para la sociedad y el Estado.

8. CONCEPTO DE DIVORCIO

La palabra *divorcio*, en su acepción etimológica, se remonta a las voces latinas *divertere* y *divortium*, que quieren decir irse cada cual por su lado para no volver a juntarse.

Para PERALTA (2008: 346) el divorcio “[...] es una institución del Derecho de Familia que consiste en la disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial, por causas establecidas en la Ley y que pone fin a la vida en común de los esposos. Ello implica la ruptura total y definitiva del lazo conyugal”.

Según CORNEJO (1991: 347) el divorcio “consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro”.

En síntesis: el divorcio consiste en la disolución del vínculo matrimonial por decisión del Juez, por las causas señaladas por la Ley, mediante la cual se pone fin al matrimonio.

9. DIVORCIO ABSOLUTO Y DIVORCIO RELATIVO

El divorcio absoluto es conocido también como *divorcio vincular* o divorcio *ad vinculum*, consiste en la disolución total, definitiva y perpetua del

nexo conyugal. Por consiguiente, este tipo de divorcio habilita a los divorciados a contraer nuevas nupcias.

En cambio, el divorcio relativo es conocido como *separación de cuerpos* o *separación personal*, consiste en la cesación de la obligación de cohabitar, sin que el vínculo matrimonial desaparezca. En este caso, los esposos no pueden volver a casarse (BELLUSCIO 1991: 923).

Para PERALTA (2008: 317) la separación de cuerpos es:

[...] una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial que suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. Se trata pues de una forma como se expresa el decaimiento matrimonial.

La separación personal o separación de cuerpos es una institución que ha sido heredada del Derecho Canónico medieval como remedio a los matrimonios quebrados sin llegar a la disolución del vínculo.

10. CONCEPCIONES FILOSÓFICAS EN TORNO AL DIVORCIO

10.1. TESIS DIVORCISTA

El tema del divorcio ha enfrentado tradicionalmente a divorcistas y antidivorcistas.

Los que sostienen la tesis *divorcista* niegan o al menos relativizan la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Consideran al divorcio como un mal necesario, que se sustenta en las doctrinas: *divorcio-repudio*, *divorcio-sanción*

y *divorcio-remedio*. Además, afirman que el matrimonio ha decaído y, como tal, no cumple con su finalidad; por lo que, no queda otro camino que su disolución.

10.2. TESIS ANTIDIVORCISTA

Los defensores de la tesis antidivorcista erigen el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Consideran al matrimonio como una sociedad de por vida. Esta posición ha sido defendida por la Iglesia Católica.

Para la Iglesia Católica, el matrimonio es un contrato sagrado y religioso instituido por Dios. Así lo afirma el Papa León XIII en su encíclica *Arcanum divinae sapientiae*:

[...] Teniendo el matrimonio a Dios por autor, y habiendo sido desde el principio sombra y figura de la encarnación del Verbo Divino, por esto mismo tiene un carácter sagrado; no adventicio sino ingénito; no recibido de los hombres sino impreso por la misma naturaleza siendo, pues, el matrimonio por su propia naturaleza, y por su esencia, una cosa sagrada, natural es que las Leyes por las cuales debe regirse y temperarse, sean puestas por la divina autoridad de la Iglesia, que solo tiene el magisterio de las cosas sagradas, y no por el imperio de los príncipes seculares.

A la sola luz de la razón natural y mucho mejor si se investigan los vetustos monumentos de la historia, si se pregunta a la conciencia constante de los pueblos, si se consultan las costumbres e instituciones de todas las gentes, consta suficientemente que hay, aun en el matrimonio natural, un algo sagrado y religioso «no adventicio sino ingénito, no procedente de los hombres sino innato», puesto que el matrimonio tiene a Dios por autor, y fue desde el principio una figura de la encarnación del Verbo de Dios (SUÁREZ 2001: 179-180).

Para la Iglesia Católica, el matrimonio, además de ser un contrato instituido por Dios, es un sacramento. En el Concilio de Trento (1563) triunfó

ampliamente la teoría de que el matrimonio es un sacramento, y celebrado entre católicos y consumado es indisoluble en vida de los esposos.

La doctrina de la indisolubilidad del matrimonio también se sustenta en la doctrina sociológica. Esta doctrina parte de la premisa de que la familia es la célula básica de la sociedad; y que de admitirse el divorcio significaría la destrucción de la propia sociedad. Se señala que la familia y el matrimonio constituyen los presupuestos indispensables para la existencia de la sociedad. El matrimonio es considerado como la institución que garantiza no sólo la permanencia de la familia, sino también la subsistencia de la misma sociedad (PERALTA 2008: 347).

Finalmente, la indisolubilidad del matrimonio también encuentra su fundamento en la doctrina paterna – filial. Según esta doctrina, el divorcio es una institución que afecta y perjudica no sólo al cónyuge inocente sino también a los hijos (ZANONI 2002: 20-21).

11. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DIVORCIO

En la fase primitiva de la civilización, en todos los pueblos, la mujer se encontraba en una situación de inferioridad, estaba reducida casi a la categoría de una cosa. El hombre podía apropiarse de ella mediante violencia e incluso estaba en la posibilidad de adquirirla mediante compra. De allí que en todos los pueblos antiguos se presentaba en forma normal la conclusión de la unión a través del *repudio*, esto es, la disolución del matrimonio por la sola voluntad del hombre, que lo daba por extinguida con el abandono o la expulsión de la mujer (BELLUSCIO 1991: 916).

En Babilonia, las Leyes primitivas otorgaban al marido el derecho de repudiar libremente a su esposa; el *Código de Hammurabi* fijó causas para que ese derecho pudiera ser ejercido por el marido, pero a falta de causa igualmente podía repudiarla, aunque quedaba obligada a pagarle una indemnización, y además admitió el derecho de repudio de la mujer, en ciertos casos. En la India, las *Leyes del Manú* conferían al marido un derecho de repudio ilimitado, que no se otorgaba a la mujer, quien aún en caso de ser abandonada lo único que podía hacer era salir a la búsqueda de su esposo. Igualmente, en China, el derecho de repudio del marido era casi ilimitado por la amplitud de las causales (falta de sumisión a los parientes del marido, esterilidad, impudicia, celos, enfermedad crónica, locuacidad y robo). Así mismo, en Persia, el marido podía repudiar a la mujer a su libre voluntad. Del mismo modo, entre los hebreos, el derecho de repudio por parte del marido fue ilimitado.

En Roma, el matrimonio se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida de la *affectio maritalis*. La pérdida de la capacidad tenía lugar por la *capitis deminutio máxima*, ya sea por hacerse esclavo, por ser condenado a servidumbre o caer en poder del enemigo, y también por el incesto sobreviniente, especialmente en caso de adopción de la esposa por el suegro. La pérdida de la *affectio maritalis* por cualquiera de los cónyuges provocaba la disolución del matrimonio, puesto de que la *affectio maritalis* era uno de los elementos esenciales del matrimonio.

El divorcio no estaba sujeto a la observancia de formas especiales. Era suficiente un simple aviso comunicado de palabra, por escrito o por medio de

mensajero. Durante el imperio de Augusto, la *lex Iulia de adulteriis*, prescribió que el repudio debía ser participado por un liberto ante siete testigos.

Los emperadores cristianos iniciaron una reforma de la legislación matrimonial tendiente a limitar los divorcios y castigar al que repudiaba sin causa o daba lugar al repudio. En el año 449, Teodosio y Valentino establecieron por primera vez una enunciación precisa de las causas del repudio y sanciones patrimoniales por repudiar sin justa causa o por incurrir en causa de repudio. Justiniano amplió y modificó esas disposiciones, enunciando las causas de repudio por parte de uno y otro cónyuge y prohibiendo el divorcio por mutuo consentimiento, salvo para entrar en la vida monacal. Pocos años después, el emperador Justino restableció el divorcio por mutuo consentimiento sin sanción alguna.

La aparición del cristianismo tuvo notable influencia sobre el matrimonio, y especialmente sobre la disolución del matrimonio.

Tradicionalmente, la Iglesia católica ha repudiado el divorcio vincular como causal de terminación del matrimonio. Durante varios siglos, algunos padres de la Iglesia como Tertuliano llegaron a aceptar el divorcio para el caso exclusivo del adulterio. Pero la tesis de la indisolubilidad absoluta defendida con particular vehemencia por San Agustín fue proclamada cada vez con mayor énfasis por los Concilios, con particularidad a partir del siglo VIII. Su aceptación no es ya discutida en el siglo XII.

Mientras la Iglesia Católica aceptaba definitivamente la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, la reforma protestante cuestionó dicha doctrina.

El protestantismo negó el carácter sacramental del matrimonio y admitió el divorcio. El propio Lutero, al romper con Roma, contrajo matrimonio.

En el Concilio de Trento (1563), la Iglesia Católica formuló la teoría de que el matrimonio es un sacramento, el mismo que celebrado entre católicos es indisoluble en vida de los cónyuges, aun en caso de adulterio de uno de ellos. También consagró la posibilidad de separación de cuerpos por sentencia de los tribunales eclesiásticos.

En Francia, tras la Revolución de 1789 y la Constitución de 1791, se dictó la Ley del 20 de setiembre de 1792, que admitió el divorcio. El Código de Napoleón también aceptó el divorcio.

Posteriormente, el divorcio se difundió y ha sido normado por los distintos Códigos Civiles que se inspiraron en el Código Civil francés de 1804.

12. SISTEMAS DEL DIVORCIO

En la doctrina y en la legislación comparada existen dos sistemas del decaimiento y disolución del matrimonio: *divorcio sanción* y *divorcio remedio*. A continuación estudiaremos ambos sistemas.

12.1. DIVORCIO SANCIÓN

Se basa en la idea de que todo conflicto conyugal conducente a la ruptura de la convivencia presupone la comisión por parte de uno o de ambos cónyuges de hechos o de actos culpables, cuya atribución es incompatible con la prosecución de la vida en común. Al respecto ZANONI (2002: 10) señala:

[...] el divorcio se funda en uno o más hechos ilícitos – como el adulterio, la tentativa contra la vida, el abandono, los malos tratamientos, o, en fin, las injurias - que se atribuyen a uno de los esposos. Sólo en tales casos la Ley confiere al otro un interés legítimo para demandar el divorcio, pues si no le fuera dable imputarle algún hecho ilícito de los enumerados como “causales” faltaría el sustento mismo de la acción.

Según este sistema el divorcio sólo puede ser decretado judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges. De otro lado, debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas en el Código Civil. Si los hechos no han sido probados, el Juez debe desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada.

La sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc. (PLÁCIDO 2001a: 190).

12.2. DIVORCIO REMEDIO

Esta concepción gira alrededor de la idea de que el conflicto conyugal presupone el fracaso irremediable del matrimonio. Se produce una crisis de la unión matrimonial. Si éste es de tal magnitud que provoca la desilusión insalvable de la unión, ¿Qué sentido tiene buscar artificiosamente ilícitos? (ZANONI 2002: 11).

La concepción del *divorcio remedio* se sustenta, afirma PLÁCIDO (2001a: 190-191), “en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o

ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar”.

En este sistema se puede decretar el divorcio aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables. El divorcio importa, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por esto, se acepta el divorcio por petición conjunta de los esposos, en la que ellos están exentos de poner de manifiesto las causas que motivan su petición.

Según PERALTA (2008: 349) esta doctrina se funda en:

a) El principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente demostrable, esto es, que no requiere de la tipificación de conductas culpables por parte de uno o ambos consortes, pero la ruptura de la vida matrimonial es su característica principal.

b) La existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial, por lo que se desecha la determinación taxativa de causales y su respectiva probanza.

c) La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio excepcional o una salida para situaciones objetivas de ruptura de la vida conyugal y, de ese modo, solucionar una situación insostenible: el conflicto matrimonial.

Por su parte, CORRAL (2005:133-134) resume los siguientes postulados en que se fundamenta el *divorcio remedio*:

a) El divorcio será siempre tratado como una situación de excepción: no se pretende desestabilizar la institución jurídica social del matrimonio, sino sencillamente dar una solución a los casos en que, excepcionalmente, la comunidad de vida que implica la relación conyugal se ha roto de un modo irrevocable.

b) El divorcio debe ser concebido no como una pena o sanción ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes maritales, sino como un camino de salida, un remedio, para aquellos casos en los que el conflicto ha llegado a tal grado de agudización que resulta imposible mantener la comunidad de vida que implica el matrimonio. Es menester, pues, cambiar la antigua fundamentación de la disolución matrimonial del principio - hasta hace poco predominante - del "divorcio-sanción" al del "divorcio-remedio" o sin culpa.

c) El divorcio, al ser configurado como un remedio o una salida ante situaciones objetivas de ruptura de la vida conyugal, no quedará entregado a la mera voluntad o al capricho, sea de ambos cónyuges, o incluso de alguno de ellos. La ruptura objetiva del matrimonio será apreciada judicialmente, lo que salvaguarda la seriedad del procedimiento. En este sentido, la admisión legal del divorcio traería ventajas en relación con la "válvula de escape" que constituyen las disoluciones del vínculo obtenidas mediante juicios de nulidad fraudulentos, ya que éstos en definitiva constituyen un "divorcio" por mera voluntad de las partes.

d) La legalización del “divorcio-remedio” constituye una opción que garantiza la tolerancia y el pluralismo que identifican a la sociedad contemporánea. Permite, por una parte, que quienes no comulgan con la tesis de la indisolubilidad tengan la posibilidad de “rehacer” sus vidas contrayendo un nuevo vínculo, y, por otra, no perjudica a quienes por convicciones personales, sean religiosas o no, estiman indisoluble el matrimonio, a los cuales les cabe siempre la posibilidad simplemente de no usar del derecho a solicitar el divorcio.

e) Como consecuencia de todo lo anterior, el divorcio, concebido como un remedio excepcional, en ningún caso podrá llegar a cambiar la fisonomía jurídica del matrimonio tal como existe en la actualidad. Las personas –se dice– se casan para vivir juntas por toda la vida, y no para divorciarse. El matrimonio no resulta debilitado o alterado por el hecho de admitirse su disolución en casos especiales en los que se demuestre objetivamente su irremediable fracaso.

12.3. SISTEMA ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El Código Civil peruano acoge ambos sistemas del divorcio. Por un lado, contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del *divorcio sanción* (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil). Y, por otro lado, regula causales no inculpatorias de la separación de hecho y de la separación convencional del sistema del *divorcio remedio* (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil).

13. SISTEMAS DE REGULACIÓN DE LAS CAUSALES DEL DIVORCIO

Existen dos sistemas legislativos en materia de regulación de las causales de separación personal y divorcio vincular.

13.1. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE CAUSAS

En este sistema la Ley detalla taxativamente los motivos que constituyen causales para el divorcio. No se puede conceder el divorcio por causas distintas a las enunciadas en la Ley.

Como afirma PLÁCIDO (2008:17) “[...] consiste en la enunciación legislativa de los hechos que pueden dar causa a la separación personal y al divorcio vincular; con ello se excluye cualquier otro motivo para el mismo, y la enumeración legal tiene, en general, carácter taxativo; en caso contrario, se estaría en presencia de un sistema que podría denominarse determinatorio atenuado”.

13.2. SISTEMA DE INDETERMINACIÓN DE CAUSAS

En este sistema se menciona genéricamente que todo hecho que suponga la infracción grave o reiterada de los deberes conyugales puede dar lugar a la separación personal y al divorcio vincular.

PLÁCIDO (2008:17) señala: “El sistema no determinatorio o de indeterminación de causas valora como causales de separación personal y divorcio vincular a todos los hechos que, a criterio del juzgador, deben conducir a la declaración de este y, en principio, admite también el divorcio por consentimiento”.

14. CONCEPTO DE CAUSAS DEL DIVORCIO

Son los supuestos de hecho que implican una grave violación de los deberes del matrimonio. Estos supuestos de hecho son las causales de la separación personal o de divorcio vincular.

Según PLÁCIDO (2008:20) son “[...] acciones u omisiones cometidas por uno o ambos cónyuges que revelan el incumplimiento de los deberes conyugales o la violación de ellos y, en consecuencia, configuran la causa de separación personal o de divorcio vincular”.

Las causales del divorcio en tanto importan la violación de deberes conyugales constituyen ilícitos, situación por la cual trae como efecto el divorcio. Las causales del divorcio dañan la confianza y el respeto conyugal.

Según VARSI (2004:23) las causales del divorcio tienen las siguientes características: son de orden público; son determinadas por el Juez; se rigen por los principios de taxatividad, gravedad, imputabilidad, invocabilidad, no exclusión entre sí, acreditación probatoria y referencia a hechos posteriores al divorcio y el de la no absorción de una causal por otra.

15. REQUISITOS COMUNES DE LAS CAUSALES DEL DIVORCIO

Las causales del divorcio deben reunir los siguientes requisitos: gravedad, imputabilidad, invocabilidad y posterioridad al matrimonio. Estos requisitos son comunes en toda causal de divorcio. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

15.1. GRAVEDAD

Los hechos en que ha incurrido uno de los cónyuges deben ser graves, el mismo que imposibilita la continuación de la vida conyugal. En otras palabras, los hechos deben exceder el margen de la tolerancia humana; haciendo imposible moral o materialmente la vida en común de los consortes. Al respecto, PLÁCIDO (2008: 21) señala:

[...] los hechos producidos deben crear entre los cónyuges una situación imposible de ser sobrellevada con dignidad, atentando contra la convivencia conyugal de modo tal que excedan el margen de tolerancia humana. Debe ser de tal gravedad que hagan imposible moral o materialmente la vida en común de los consortes. De no ser así, no se justificaría una solución de importancia tal como la separación personal o el divorcio vincular.

15.2. IMPUTABILIDAD

La imputabilidad se refiere a que los hechos deben ser resultado de una actitud culpable o dolosa de uno de los cónyuges, al que se atribuyen estos hechos. Además, los hechos sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, más no por el que los cometió.

Debemos precisar que el consorte debe haber realizado la conducta conscientemente, para que se le pueda atribuir o reprochar ese hecho; de lo contrario no podría imputársele la conducta.

15.3. INVOCABILIDAD

En el caso del divorcio por causales inculpatorias los hechos sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió. Ello

es una consecuencia del principio general de que *nadie puede alegar su propia torpeza*.

Situación diferente se presenta en el divorcio por causas no inculpatorias, en la cual cualquiera de los cónyuges está legitimado para invocar los hechos que configuran la causal. Verbigracia, en la causal de separación de hecho cualquiera de los cónyuges – e incluso el culpable- puede alegar la causal no inculpatoria.

15.4. POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO

Los hechos deben haberse realizado después de celebrado el matrimonio. Los hechos anteriores, o bien configuran causales de invalidez del matrimonio, o bien son irrelevantes.

16. LAS CAUSALES INCULPATORIAS DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Las causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del *divorcio sanción* se encuentran regulados en los incisos 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil.

16.1. ADULTERIO

El numeral primero del artículo 333 del Código Civil regula el adulterio como una de las causales para solicitar la separación de cuerpos y el divorcio vincular.

En términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos.

ZANONI, citado por VARSÍ (2004: 53), refiere que “la fidelidad presupone la *exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge*, de manera tal que se debe observar una conducta inequívoca, absteniéndose de realizar cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro”.

El adulterio requiere no sólo el elemento material constituido por la unión sexual fuera del lecho conyugal, sino la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad. En ese entender, no incurre en adulterio la mujer que mantiene relaciones sexuales con un hombre que no es su marido, cuando este hecho se ha producido por violación sexual; tampoco incurre en adulterio la mujer que tuviera relaciones sexuales con quien cree que es su marido sin serlo. En ambos casos no hay consentimiento válido de la mujer; por lo tanto, no concurre el elemento de culpabilidad (PLÁCIDO 2001a: 196).

Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, la cual es difícil. La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la prueba indiciaria. Verbigracia, se empezó a aceptarse la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de éste; igualmente, se empezó a valorar la prueba del concubinato público.

Si las pruebas no tuviesen suficiente entidad para acreditar el adulterio, pueden ser utilizadas para demostrar la causal de injuria grave. Así se ha pronunciado un sector de la doctrina nacional (PLÁCIDO: 2001a: 197).

Es improcedente la invocación de esta causal si el cónyuge que la imputa provocó, consintió o perdonó el adulterio. La misma consecuencia se produce si media cohabitación entre los cónyuges con posterioridad al conocimiento del adulterio, lo que también impide proseguir con el proceso (artículo 336 del Código Civil).

La pretensión de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida (artículo 339 del Código Civil).

16.2. VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA

El numeral 2 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal del divorcio la violencia física o psicológica ejercida por uno de los cónyuges en contra del otro, el mismo que será apreciado por el Juez según las circunstancias.

La redacción inicial del inciso 2 del artículo 333 del Código Civil incorporó el término *sevicia*, que comprendía los actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente al cónyuge. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo No. 768 se aprobó la actual redacción, que comprende no sólo el maltrato físico sino además el maltrato psicológico.

La violencia física se refiere a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro. La prueba de esta causal consiste en el examen del estado físico del cónyuge afectado.

Por su parte, la violencia psicológica se refiere a los daños psíquicos que se infligen a un cónyuge por la conducta del otro. Para PLÁCIDO (2001a: 198) el daño psíquico “consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo, de carácter patológico, del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconocida magnitud [...]”.

El daño psicológico puede presentarse de distinta manera. Dentro de los indicadores más comunes suelen ser: la depresión, la pérdida de autoestima, pérdida de capacidad de la persona para valerse por sí misma, pérdida de la capacidad para disfrutar de la vida, etc. La prueba por excelencia del daño psicológico lo constituye la pericia psicológica.

La pretensión de divorcio por la causal de violencia física o psicológica caduca a los seis meses de producida la causa.

Finalmente, la norma legal señala que el Juez debe apreciar la violencia física y psicológica según las circunstancias.

16.3. ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE

El numeral 3 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal de divorcio el atentado contra la vida del cónyuge.

Se presenta cuando uno de los cónyuges atenta contra la vida del otro consorte. Las figuras del Derecho Penal como la tentativa de homicidio, el homicidio frustrado y el homicidio imposible quedan comprendidas en esta causal.

La tentativa desde la perspectiva del Derecho Penal se caracteriza por el comienzo de ejecución de un delito. En este caso, se trata del intento de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, siendo aquél el autor principal, cómplice o instigador.

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.

16.4. INJURIA GRAVE

El numeral 4 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal de divorcio la injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

La injuria es toda ofensa, menoscabo, afrenta, de un cónyuge hacia el otro. Estas pueden ser: actitudes, palabras, conductas, etc. Pueden provenir del otro esposo o de un tercero; en este último caso, consentido por el consorte. También la injuria puede referirse al cónyuge, a su familia, a sus costumbres, a su forma de ser y de sentir.

Esta causal tiene una aplicación amplia. PLÁCIDO (2001a: 199) afirma que esta causal "constituye una suerte de causa residual". Las demás causales del divorcio implican siempre una injuria al cónyuge que la sufre.

La norma alude a injuria grave. Utiliza la expresión singular. Por lo que, basta que un acto que sea gravemente injurioso para que la causal aparezca tipificada.

La injuria puede ser cometida en formal oral, escrito, gesticular; de igual modo puede ser por un actuar o una omisión. No hay una sola forma sino una variedad de formas.

Las injurias son todas aquellas conductas que revelan un modo de actuar incompatible con los deberes matrimoniales y con el respeto que se deben recíprocamente los consortes. PLÁCIDO (2001a: 199) enumera los siguientes casos de injurias graves: las amenazas de muerte de un cónyuge contra el otro; los insultos; los silencios constantes; las respuestas ofensivas, las actitudes que muestran desconsideración y desprecio; las reacciones violentas; el incumplimiento de los deberes de asistencia que impone el matrimonio; el incumplimiento de obligaciones conyugales; la desatención de un cónyuge ante la enfermedad del otro.

Existe dificultad para probar esta causal. De otro lado, la conducta injuriosa queda a criterio del Juez, quien será en última instancia la que califique si una conducta es injuriosa o no. El Juez debe tomar en cuenta la cultura, condición social, costumbres, etc. del cónyuge que realizó la acción y también del otro cónyuge.

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de producida la causa.

16.5. ABANDONO INJUSTIFICADO DEL DOMICILIO CONYUGAL

El inciso 5 del artículo 333 del Código Civil establece que es causal para demandar el divorcio el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

Esta causal está referida al incumplimiento del deber de cohabitación. El artículo 289 del Código Civil señala: “Es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal. El Juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”.

Según CORNEJO (1991: 329) para que la acción prospere se necesita la concurrencia de tres requisitos indispensables: que el demandado haya hecho dejación de la casa común, que tal actitud sea injustificada lo que permite suponer que la ha inspirado el designio de destruir de hecho la comunidad conyugal, y que el abandono se prolongue por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de dos años.

De los citados requisitos se tiene que no se podrá invocar el abandono como causal de divorcio en los siguientes casos: a) Cuando exista acuerdo de los cónyuges; b) Cuando se deba a razones atendibles y haya sido autorizada por el Juez (artículos 289 y 347); c) Cuando pese a la separación material pueda deducirse de indicios inequívocos (por ejemplo, envío de pensiones,

cartas, etc.) que el presunto culpable no tuvo intención de romper el vínculo matrimonial; cuando el abandono no duró al menos dos años.

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedida mientras subsistan los hechos que la motivan (artículo 339 del Código Civil).

16.6. CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN

El numeral 6 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal de divorcio la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

La denominación dada por el legislador a esta causal es extremadamente vaga y suscita en la práctica innumerables controversias.

Dentro de la generalidad de la fórmula legal del inciso 6 del artículo 333 del Código Civil se comprende una multiplicidad de hechos y situaciones que la realidad puede presentar y que escapan a toda posibilidad de enumeración.

Para apreciar esta causal debe tenerse en cuenta: a) Que, la conducta del cónyuge demandado es realmente deshonrosa; y, b) Que, esa conducta es insoportable para mantener o reanudar la *vida en común*.

La calificación de dichos extremos será realizada por el juez, quién en última instancia determinará si la conducta es deshonrosa o no.

Según VARSÍ (2004: 38) los elementos constitutivos de la conducta deshonrosa son: a) Una práctica habitual, ya que el término "conducta" hace

referencia no a un hecho aislado, sino más bien a un comportamiento usual; b) El atentado contra el respeto del otro cónyuge; c) Un comportamiento que hace insostenible la vida en común que se viene teniendo, lo que implica una necesaria convivencia; d) Un comportamiento que linda con lo ilícito, atentando contra las buenas costumbres y del orden público.

PLÁCIDO (2001a: 201) considera como conductas deshonorosas: el dedicarse a la prostitución, al proxenetismo, a la delincuencia, a la comercialización de drogas; el despilfarrar bienes del matrimonio afectando la armónica convivencia; así como la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad menor a dos años.

Por su parte, CABELLO (1995:232-233) considera como actos deshonorosos: la homosexualidad; otras aberraciones sexuales que no constituyen adulterio; la dedicación a actividades ilegales como el tráfico ilícito de drogas; el juego habitual; los estados de vagancia del marido; embriaguez permanente, entre otros.

En muchos casos esta causal se confunde con la injuria grave; en la práctica resulta difícil establecer diferencia entre injuria grave y conducta deshonorosa. Según VARSÍ (2004: 38) la diferencia radica en que “[...] mientras en la injuria grave por el mero hecho de presentarse implica un acto que atenta contra el otro cónyuge, esta causal no implica un acto que vaya directamente contra él, sino que lo hace de manera indirecta. Es así como todo acto de conducta deshonorosa lleva implícita una injuria grave”.

La pretensión de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

16.7. TOXICOMANÍA

El numeral 7 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal del divorcio el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.

La calificación legal está referida al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. Se trata de una dependencia crónica de drogas (morfina, heroína, pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína, etc.); también está considerado el alcoholismo.

CORNEJO (1991: 331) señala que esta causal debe reunir las siguientes condiciones: a) Que se trate de un hábito (lo que casi siempre ocurrirá, ya que es raro el caso de un toxicómano que no sea consuetudinario); b) Que tal uso sea injustificado.

La Ley No. 27495 ha modificado el inciso 7 del artículo 333 del Código Civil al introducir la excepción referida al artículo 347 del Código Civil que dispone: “En caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida en común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales”.

La pretensión de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

16.8. ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL

El inciso 8 del artículo 333 del Código Civil, modificado por la Ley No. 27495, se refiere como causal del divorcio a la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

Nuestro Código Civil, en su versión original de 1984 sólo se refería a la *enfermedad venérea grave* contraída después de la celebración del matrimonio como causal de separación, no contemplando la posibilidad que un cónyuge padezca otra enfermedad.

Esta situación fue modificada con la Ley No. 27495, del 7 de julio del 2001, que reconsideró el tema y amplió el ámbito de aplicación de esta causal al incluir también a la “enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”.

Según VARSI (2004: 26) el principal fundamento para la ampliación de esta causal es “la falta de justificación (por razones familiares o morales) para seguir manteniendo un vínculo matrimonial en el cual es imposible el cumplimiento de obligaciones y deberes esenciales y que, por lo demás, ponen en riesgo la integridad y salud del otro cónyuge, de los hijos [...]”.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció en el año 1975, la denominación de enfermedades de transmisión sexual (ETS) para las enfermedades que se adquieren por contacto sexual directo, independientemente de que existen casos pocos frecuentes en donde se pueden adquirir a través de otras vías (tales como una herida, instrumentos quirúrgicos, sangre, etc.) y que se diferencian de otras enfermedades

infecciosas y parasitarias por la presencia del elemento sexual. Entre ellas se consideran, inicialmente, a la sífilis, la blenorragia o gonorrea, el chancro blando, el linfogranuloma venéreo, el granuloma inguinal; en la actualidad, también se consideran la triconomiasis, la moniliasis, el herpes genital, la uretritis no gonocócica, el condiloma acuminado, la escabiosis o sarna genital, la tiña inguinal, la pediculosis pubis y recientemente se ha incluido el SIDA.

La enfermedad de transmisión sexual debe haber sido contraída después de celebrado el matrimonio, pues lo contrario configuraría el impedimento de sanidad nupcial y provocaría la anulabilidad del matrimonio.

PLÁCIDO (2001b: 84-85) advierte que “no basta la prueba objetiva de haberse contraído la enfermedad de transmisión sexual después de celebrado el matrimonio; sino y sobre todo, debe acreditarse también que el contagio supone una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen [...]”.

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

16.9. HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO

El numeral 9 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal de divorcio la homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

RATTNER, citado por CABELLO (1995: 259), sobre la homosexualidad señala: “Llamamos homosexual a un individuo que busca una pareja del mismo sexo y trata de lograr una satisfacción sexual con él”.

La homosexualidad se caracteriza porque el individuo siente atracción sexual por otra persona de su mismo sexo, por lo que puede ser masculina o femenina (lesbianismo).

Las variantes que pueden presentarse en la homosexualidad van desde el aspecto y modales homosexuales; la bisexualidad, referida a individuos que sienten atracción sexual hacia ambos sexos; el travestismo, que se caracteriza porque el individuo experimenta una necesidad compulsiva de vestirse con ropa del otro sexo; y, el transexualismo, en el que existe pérdida de la identidad de género, el individuo siente que se encuentra dentro de un cuerpo del otro sexo, por lo que se comporta y viste de acuerdo al sexo que quiere tener, sometiéndose a tratamientos hormonal y quirúrgico para obtener un cuerpo adecuado a su identidad sexual (PLÁCIDO 2008:44).

CABELLO (1995: 259) señala que la homosexualidad “es un problema de graves implicaciones a nivel familiar, por frustrar la convivencia normal de los cónyuges e imposibilitar la realización del matrimonio y de sus fines [...]”.

La pretensión de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.

16.10. CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS

El numeral 10 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal de divorcio la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Según ARIAS-SCHREIBER (1997: 267): “Se trata de una causa de separación que obedece a dos razones: en primer lugar, al propio hecho de haber cometido el cónyuge un hecho delictivo, que puede motivar una perturbación en las relaciones de la pareja; y en segundo lugar, a la separación de hecho que supone la pena privativa de la libertad”.

Los elementos de esta causal son los siguientes: a) Debe existir una condena judicial, es decir, una sentencia penal firme; b) La condena debe ser pronunciada por un delito doloso, descartándose de ese modo los que no tienen tal carácter; c) La pena impuesta debe ser la privación de libertad por más de dos años; d) Que la condena sea impuesta después de la celebración del matrimonio; e) Que el delito no haya sido conocido por el cónyuge inocente antes de casarse (artículo 338 del Código Civil), pues en caso contrario la Ley le prohíbe invocar esta causal.

Esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.

16.11. IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN

El artículo 2 de la Ley No. 27495 ha variado el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente texto: “La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”.

Se trata de la recepción legislativa en nuestro Código Civil de la tesis del matrimonio *desquiciado* o *dislocado*. Esta situación se presenta cuando existe incompatibilidad manifiesta entre los cónyuges; se da absoluta falta de correspondencia entre ambos, por lo que, la relación se ha vuelto conflictiva. Es

decir, la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado un alto grado de inestabilidad, no existiendo posibilidad alguna de que pueda reconstruirse el hogar.

Como ejemplos de incompatibilidad manifiesta entre los consortes podemos señalar: Introducir clandestinamente en el hogar a personas ajenas a la familia; llegada habitual al hogar a altas horas de la noche; carácter fuerte y nervioso de uno de los cónyuges; trato grosero y descortés con la pareja; falta de contribución en el sostenimiento del hogar; etc.

Los casos mencionados deben ser acreditados, el mismo que será valorado por el Juez en conjunto; será el juzgador que en definitiva defina si se ha comprobado o no los hechos que alega la parte inocente.

Según PLÁCIDO (2008: 45) esta causal se sustenta “en la falta de interés social en mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos”.

Se trata de una nueva causal inculpatoria. Por consiguiente, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quién los provocó, a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponde.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 339 del Código Civil, la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

17. LAS CAUSALES NO INculpATORIAS DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Las causales no inculpatórias del divorcio están regulados en los incisos 12 y 13 del artículo 333 del Código Civil. Estas son: la separación de hecho y la separación convencional, que están inmersos dentro del sistema del *divorcio remedio*.

17.1. SEPARACIÓN DE HECHO

El inciso 12 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal de divorcio la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.

PLÁCIDO (2008: 48) señala que “la separación de hecho es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos”.

Para que se configure la separación de hecho como causal de divorcio se requiere de tres elementos:

a) El elemento *objetivo o material*, que consiste en el cese efectivo de la convivencia en forma permanente y definitiva; cuya evidencia es el apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes;

b) El elemento *subjetivo o psíquico*, que es la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, sin que una necesidad jurídica lo imponga; y,

c) El elemento *temporal*, que es el transcurso ininterumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia. En nuestra legislación se ha fijado en dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, cuatro años, si los tienen.

17.2. SEPARACIÓN CONVENCIONAL

El numeral 13 del artículo 333 del Código Civil señala que es causa de divorcio la separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

El citado inciso permite, como causal genérica, que ambos cónyuges se pongan de acuerdo y soliciten la separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

En la separación convencional se evita la inculpación recíproca de los cónyuges para obtener la sentencia. En lo procesal se contempla un procedimiento más sencillo y, por tanto, menos costoso. En cuanto a los efectos de la sentencia de separación, el acuerdo de los cónyuges permite regular de mejor modo lo referente a los hijos y bienes del matrimonio.

El Código Civil y el Código Procesal Civil señalan los siguientes requisitos para la procedencia de la separación convencional:

a) Transcurso de los dos primeros años del matrimonio. Se constituye como una garantía de la seriedad del propósito de separación y sirve como período de reflexión a los cónyuges frente a apresuradas decisiones cuando, después de celebrado el matrimonio, surgen inmediatamente desavenencias o problemas conyugales.

b) Consentimiento inicial de ambos cónyuges, que se manifiesta con la presentación conjunta de la demanda. No obstante y a pesar de su ratificación en la audiencia respectiva, se permite que cualquiera de los cónyuges revoque el consentimiento inicialmente prestado, dentro de los treinta días calendarios posteriores a esa audiencia (artículo 344 del Código Civil, concordado con el artículo 578 del Código Procesal Civil).

c) Presentación con la demanda de la propuesta de convenio regulador de los regímenes familiares de los cónyuges. La propuesta de convenio regulador es exigida como un requisito especial para la admisibilidad de la demanda (artículo 575 del Código Procesal Civil). El contenido mínimo de este convenio está referido a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales.

d) Aprobación judicial de la separación convencional. La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los derechos inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces (artículo 579 del Código Procesal Civil).

e) Sometimiento a la vía del proceso sumarísimo. La separación convencional se sujeta al trámite del proceso sumarísimo (artículo 573 del Código Procesal Civil).

f) La conversión de la separación convencional en divorcio ulterior, lo cual puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges, luego de transcurridos dos meses desde la notificación de la sentencia de separación (artículo 354 del Código Civil). El Juez expedirá Sentencia, luego de tres días de notificada a la otra parte sobre el pedido formulado (artículo 580 del Código Procesal Civil), y declarará disuelto el vínculo matrimonial si comprueba los presupuestos para su procedencia.

g) Improcedencia de la consulta de la Sentencia que declara el divorcio ulterior, si esta no es apelada. Si no se apela la Sentencia que declara el divorcio en mérito de la separación convencional, aquella no será consultada (artículo 359 del Código Civil, modificado por la Ley No. 28384).

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

El no causar daño a los demás – *alterum non laedere* - es uno de los principios fundamentales de la convivencia humana. Los juristas romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y a dar a cada uno lo suyo.

Uno de los pilares fundamentales de la estructura del orden social es, sin duda alguna, el deber de que cada uno se haga cargo y responda por los daños que pueda haberle ocasionado a otro.

Si una persona causa daño a otro, el derecho le impone el deber de repararlo. Esto es lo que se llama *responder* o ser *responsable* o tener *responsabilidad* por el daño padecido por otra persona. Entonces, podemos afirmar que este principio hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado.

El derecho positivo debe regular la obligación de reparar el daño, pues de lo contrario se autorizaría el mantenimiento de conductas injustas, es decir, el derecho estaría aceptando aquello que por definición lo rechaza y tiende a destruirlo. El derecho no hace, pues, sino adoptar una elementalísima y necesaria medida de autodefensa contra la injusticia (PEIRANO 1981: 25-26).

La responsabilidad civil busca corregir la injusticia del daño causado. Una de las reglas de la convivencia humana es no dañar a otra persona. Por ello, REY (1972: 11) señala:

La institución de la responsabilidad civil llena la necesidad moral de subsanar y eliminar la injusticia del daño causado. Tal apetencia de justicia ahonda sus raíces en aquellas [sic] grandes principios grabados en la conciencia del hombre: “No dañarás a tu prójimo; no hagas a otro lo que no quieres que a ti te hagan”. Las religiones superiores los han elevado a la categoría de normas fundamentales y la Ley no ha podido menos de darles expresión material y obligatoria, dictando reglas numerosas que componen el régimen de la responsabilidad civil.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

La palabra responsabilidad deriva del vocablo *respondere* que significa constituirse en garantía (CALLE 2002:183).

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (2001: 1330) la primera acepción de responsabilidad es “cualidad de responsable”, que a su vez significa “obligado a responder de algo o por alguien”; en tanto que la segunda acepción es “deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”.

Con el vocablo responsabilidad se refiere a la obligación que pesa sobre una persona de resarcir o reparar el daño sufrido por otra como consecuencia de la actuación de aquella. MARTÍNEZ (1998:3) señala: “Jurídicamente el término responsabilidad se concreta como la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta [...]”.

El término responsabilidad está vinculado a una persona. Hay responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro. La responsabilidad supone una relación entre dos sujetos. No se es responsable por sí y ante sí, sino que es responsable solo frente a otra persona, o respecto de algo que no somos nosotros (PEIRANO 1981: 20-21).

La palabra *responsabilidad* alude a la obligación de asumir consecuencias. En términos generales existen diversas clases de responsabilidad: moral, ética, disciplinaria, jurídica, etc. A continuación analizaremos las modalidades de la responsabilidad.

3. LA RESPONSABILIDAD Y SUS DIFERENTES MANIFESTACIONES

3.1. RESPONSABILIDAD MORAL

Existe responsabilidad moral, cuando las consecuencias que deben enfrentarse son de índole subjetiva o interna, es decir, cuando no trascienden al campo externo de la persona. Este hecho se presenta cuando se transgreden normas de conducta netamente morales o espirituales. Verbigracia, quien comete un pecado solamente responde ante su conciencia o la religión que profesa. En este caso, el acto no tiene relevancia externa (MARTINEZ 1998: 3).

Hay deberes de responder que no interesan al Derecho, pero sí a la moral, en este caso, el ser humano debe dar cuenta a su propia conciencia. Ejemplo: el que envidia los bienes o la mujer de su prójimo no puede ser penado, pero sí cometerá un pecado si eso está prohibido por su religión; o deberá rendir examen ante su conciencia si ella se lo reprocha, pero no irá preso ni indemnizará al prójimo por codicioso o lascivo, mientras esos sentimientos no se traduzcan en actos concretos que dañen al otro.

La responsabilidad moral existe aún sin acto exterior que la ponga en evidencia. Una persona puede odiar a otra sin emitir palabra o gesto alguno, lo que le genera una gran responsabilidad moral pero no jurídica.

3.2. RESPONSABILIDAD ÉTICA

La responsabilidad ética alcanza el aspecto externo pero reducido o limitado a la esfera profesional. La mayoría de las actividades profesionales tiene un conjunto de reglas y normas, que pretenden que el ejercicio de la profesión se ciña a determinados postulados y principios, que no se pueden desconocer. Así, la profesión del abogado exige un comportamiento adecuado, un ejercicio profesional responsable y sanciona a quienes no se comporten o actúen dentro de esos lineamientos. El desconocimiento de estas normas origina la responsabilidad ética, que puede acarrear sanciones que establece el Estatuto del gremio (MARTINEZ 1998: 3).

En síntesis: la responsabilidad ética surge cuando se incumple algún deber impuesto por las obligaciones profesionales, el que normalmente está descrito en el Código de Ética Profesional cuando éste existe.

3.3. RESPONSABILIDAD JURÍDICA

La responsabilidad jurídica trasciende al campo externo del sujeto, por lo tanto tiene repercusiones jurídicas. Según MARTÍNEZ (1998: 4) "Esta responsabilidad la consagran las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas o pautas que regulan el comportamiento de los diferentes individuos que componen el grupo social y origina consecuencias jurídicas".

Esta responsabilidad presentarse en diversas disciplinas del Derecho. Así tenemos responsabilidad penal, civil, administrativa, etc.

3.4. RESPONSABILIDAD PENAL

El Derecho Penal constituye el máximo instrumento de control de las conductas humanas. El Derecho Penal pertenece al Derecho Público y se caracteriza por su intervención violenta, estigmatizante, devastadora para quien sufre. Es considerada la *última ratio* del orden jurídico, aquello a lo que se recurre cuando han fallado todos los otros instrumentos de control. Es, además, rigurosamente formal porque las conductas prohibidas están descritas en tipos que deben acomodarse perfectamente en la conducta que pueda haber realizado el sujeto. Surge únicamente cuando no se han respetado ciertos bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger de esta forma, lo que hace que su titularidad sea también pública. La víctima tiene un papel secundario, no siendo parte del proceso penal, salvo que deduzca querrela. Las partes son el Fiscal y el imputado.

La responsabilidad penal surge cuando se ha cometido un delito que está expresamente previsto en el Código Penal, donde se tipifica y se sanciona las conductas consideradas delitos.

3.5. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad administrativa puede asumir dos formas. Una está dada por las relaciones de la administración con sus funcionarios y empleados, quienes responden frente a ella en caso de no cumplir con los deberes a su cargo y deben atenerse a las consecuencias como sucede en la relación laboral. La otra forma está relacionada con el derecho administrativo sancionador, donde el funcionario o el administrado cometen una falta administrativa, por no cumplir con las reglamentaciones administrativas. En estos casos existe una intervención parecida a la del Derecho Penal, pero las sanciones son menos severas, generalmente multa, clausura o inhabilitación. La ilicitud también está rigurosamente descrita en tipos.

4. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

TABOADA (2001: 25) señala: “La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares [...]”.

En la responsabilidad civil se imputará al responsable la obligación de reparar el daño y, simultáneamente, hará surgir el derecho del afectado a obtener una debida reparación. El fin perseguido por la responsabilidad civil es eminentemente resarcitoria, sin dejarse de lado los efectos preventivos que también se le atribuye.

Como quiera que se trata de una afectación de un bien de interés particular, el ejercicio del derecho de solicitar el cumplimiento de dicha obligación, queda sujeto a la libre voluntad y discrecionalidad del titular del bien afectado, quién decidirá en definitiva si solicita o no la reparación.

5. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Según ALPA (2001:69) la responsabilidad civil cumple: a) la función de reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; y, a dicha función es correlativa la función b) que consiste en retornar el *status quo ante* en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio. Y luego se halla c), la función de reafirmar el poder sancionatorio (o "punitivo") del Estado y, al mismo tiempo, d) la función de "disuasión" a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.

A estas cuatro funciones, según ALPA (2001:69), se suman luego otras subsidiarias, que más propiamente se refieren a los efectos económicos de la responsabilidad civil: e) la distribución de las "pérdidas", por un lado, f) la asignación de los costos, por otro. Con la primera expresión se intenta describir externamente la transferencia de la "pérdida" del sujeto que efectivamente la ha sufrido, al sujeto al cual la pérdida es definitivamente atribuida (una función que no encuentra expresión alguna en los sistemas en los cuales rige el principio "dejar las pérdidas allá donde ellas se encuentran"). Con la segunda expresión se alude, en cambio, a la individualización de los "costos" relativos a la asunción del riesgo conexo con la verificación del daño: costos que se

reparten entre operaciones de prevención y operaciones de resarcimiento del daño.

Según la doctrina tradicional la responsabilidad civil tiene las siguientes funciones: reparatoria, preventiva y sancionadora. A continuación estudiaremos cada uno de estas funciones.

5.1. FUNCIÓN REPARATORIA

Tradicionalmente se ha sostenido que la función natural de la responsabilidad civil es la reparación o resarcimiento del daño causado a la víctima. Para la mayoría de los autores, la función esencial y prioritaria de la responsabilidad civil es la que pretende ofrecer una compensación o reparación a las víctimas de los daños.

Es indiscutible que las normas de la responsabilidad civil sirven para compensar a las víctimas. Pero, la pregunta que surge es: ¿En qué medida la responsabilidad civil es un buen sistema para compensar a las víctimas?.

5.2. FUNCIÓN PREVENTIVA

También se le atribuye a la responsabilidad civil una función preventiva. Esta función puede manifestarse como aquella que conocemos en el Derecho Penal como prevención general. Se refiere al efecto disuasorio que trasmite la amenaza efectiva de la consecuencia legal frente a la producción del hecho dañoso.

La prevención es un instrumento para inducir al comportamiento adecuado a los individuos y a las empresas para reducir la probabilidad y la

gravedad de los accidentes (no sólo de los daños sino también de las medidas de precaución para evitarlos).

Resulta obvio que la responsabilidad civil cumple una finalidad preventiva, pues, todo el ordenamiento jurídico al regular las conductas busca prevenir acciones contrarias al ordenamiento jurídico.

5.3. FUNCIÓN SANCIONADORA O PUNITIVA

Se sostiene que la responsabilidad civil tiene una función sancionadora, llegando a hablarse de *daño punitivo* y de *pena civil*. Con ello, se asume que la reparación civil cumple una finalidad igual o similar a la de la pena.

Se afirma que las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

Esta posición ha sido criticada por la doctrina. Con este criterio se pretende reemplazar desde la perspectiva del Derecho Civil a las reacciones o sanciones propias del Derecho Penal. DE TRAZEGNIES (2000, t. II: 1) afirma: “[...] la responsabilidad extracontractual, que es una institución eminentemente civil, a diferencia de lo que sucede con la perspectiva del derecho público (fundamentalmente, del derecho penal y del derecho administrativo), no persigue la sanción del causante del daño sino la reparación de las víctimas”.

En el Derecho inglés es conocida la figura de *punitive damages* (indemnización de carácter punitivo), figura que también es muy extendida en

la práctica judicial norteamericana. La función del daño punitivo es la de castigar y disuadir al culpable.

Sobre el *punitive damages* DE ANGEL (1993: 62) sostiene: “En rigor no se trata de una genuina indemnización (en el sentido amplio de reparación o compensación por el daño sufrido por la víctima), sino de una condena (al causante del perjuicio) que *va más allá* de la finalidad reparatoria que es propia de la sanción del ilícito civil”.

6. CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La doctrina tradicional clasifica a la responsabilidad civil en dos órbitas: responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual.

6.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Se habla de responsabilidad civil contractual cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria. Un contrato, por ejemplo, engendra obligaciones para los contratantes. Si uno de ellos incumple o la hace defectuosa o tardíamente, queda obligado a indemnizar a los demás los daños que eventualmente les hubiere causado.

6.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro.

7. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil. En esa época el ser humano era gregario, por naturaleza vivía en primitivos clanes, en las cuales naturalmente se producían desencuentros. La venganza era el medio para reaccionar ante la agresión. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la tribu a la que pertenecía el ofensor.

Posteriormente, apareció la famosa *Ley del Talión*. Esta Ley se resume en la frase: *ojo por ojo, diente por diente*. En el libro de Éxodo 21:23 se señala: "Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal". Esta Ley significó un gran avance para el mundo jurídico, ya que se introdujo el principio de *proporcionalidad* de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Además de ello, la venganza se fue individualizando y concretando en el causante del daño.

Con el transcurso del tiempo los hombres advirtieron que la *Ley del Talión* no era el mejor sistema para indemnizar los daños causados a la víctima, porque de nada servía devolver el mismo mal al ofensor. Se ideó que en algunos casos debía permitirse la indemnización con bienes equivalentes. Así aparece la figura de *compositio* o *composición*, mediante la cual se compensaba el daño ocasionado, en dinero o en especie, que podía ser voluntaria cuando el que ocasionaba el daño la ofrecía, u obligatoria cuando

aparecía el *Rey, el pater familia* o el director del grupo la imponía, aun contra la voluntad del responsable. Con ese pago se compensaba al ofendido y se evitaba así la venganza de este.

Luego, apareció la conocida *Ley Aquilia*¹, que ha sido considerado como el antecedente histórico de la responsabilidad civil extracontractual². Esta Ley en los primeros capítulos se refirió a la muerte de esclavos, de cabezas de ganado y a la remisión de deudas. En el tercer capítulo se reguló a las heridas causadas a un esclavo, a un animal o a la destrucción de los objetos, pero no se consagró una regla general de responsabilidad.

En la Edad Media tuvo mucha influencia la Iglesia Católica y el Derecho Canónico. A la responsabilidad civil se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado, por lo que la culpa pasó a tener un papel importante. Así, la culpa empezó abrirse camino como elemento determinante para la indemnización del daño.

El *Fuero Juzgo*, el *Fuero Real*, la *Novísima Recopilación* y las *Siete Partidas* de la Legislación española, concretaron las conductas que debían ser penadas, castigadas, manteniendo el *elemento subjetivo* como determinante y definitivo en el juzgamiento (MARTINEZ 1998: 34).

El Código Civil francés de 1804, llamado como el Código de Napoleón, recogió las tesis culpabilistas y los conceptos de los canonistas. Este cuerpo normativo ha sido el fundamento indiscutible de la mayoría de los códigos civiles expedidos posteriormente, tanto en Europa como en América.

¹ Redactada por el pretor *Aquilio* y aprobada por un plebiscito en el año 408 de Roma.

² Por ello, se le conoce a esta responsabilidad con el nombre de *responsabilidad aquiliana*.

Luego, con SALEILLES, JOSSERAND, SAVATIER y DEMOGUE, en Francia empieza a abrirse camino la tesis de la responsabilidad objetiva en el campo civil. El crecimiento de la industria, la modernización de las empresas, la mecanización de los medios de producción, originaban accidentes y muchos daños, y la situación de los perjudicados u ofendidos era muy difícil porque con fundamento en las teorías subjetivas y de acuerdo con la *Ley Aquilia*, debía probarse la intención o la culpa del causante para obligarlo a indemnizar (MARTÍNEZ 1998: 35).

8. FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En nuestro medio, los autores no se han interesado por los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil. La cuestión ha motivado gran preocupación en los juristas del *common law*. Dentro de la tradición anglosajona esta parte del Derecho se denomina *Tort Law*.

Las dos principales teorías que se han planteado sobre la filosofía de la responsabilidad civil son: el análisis económico del derecho y la justicia correctiva.

8.1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El análisis económico del Derecho de la responsabilidad civil ha sido desarrollado por Ronald COSE³, Guido CALABRESI⁴ y Richard POSNER. El *Análisis Económico* en general atribuye un objetivo determinado al Derecho: la

³ Llevó a cabo una serie de estudios entre los años 1930 y 1960 que le permitió conceptualizar lo que él denominó "costos de transacción".

⁴ Es autor del libro "El Costo de los Accidentes".

eficiencia. En el caso de la responsabilidad civil, la eficiencia es entendida como una reducción de costos.

BULLARD (2003: 37) señala que el análisis económico del Derecho “[...] Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas – en sí mismo es una técnica de regular conductas –, el AED⁵ puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas”.

Lo que se consigue con el análisis económico del Derecho es predecir conductas de seres humanos. BULLARD (2003:37) señala:

[...] Se parte del principio de lo que los seres humanos actúan en base a incentivos, y en consecuencia buscan los que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras, tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar fórmulas que permiten predecir cómo los individuos actuarán ante ciertos incentivos.

El objetivo del análisis económico del Derecho en el campo de la responsabilidad civil es minimizar la suma de costos de los accidentes y el costo de evitarlos. Para realizar esto, la filosofía de la responsabilidad civil busca crear un sistema de incentivos que induzca a los individuos a invertir e implementar las precauciones.

8.2. LA JUSTICIA CORRECTIVA

Aristóteles explica la Justicia en el libro V de la *Ética a Nicómano*. Para Aristóteles la Justicia es la virtud perfecta, cuyo objetivo último es la igualdad; pero perseguir un tratamiento idéntico en todos los casos podría conducir, en

⁵ Abreviatura de análisis económico del Derecho.

algunas situaciones a resultados injustos, pues la auténtica justicia aconseja tratar desigualmente los casos desiguales. Ello da pie a Aristóteles para distinguir dos clases de Justicia: *distributiva* y *correctiva* (sinalagmática o conmutativa).

La *Justicia distributiva* recibe este nombre porque con arreglo a ella se reparten los honores, los bienes y cualquier otro elemento del bien común del que hayan de participar los ciudadanos, dando más a quien más méritos ostente y menos a quienes menores tenga. Según esta Justicia debe tratarse a los iguales como iguales y a los desiguales desigualmente. En palabras de MANTILLA (1996:340) la Justicia distributiva consiste en:

[...] la repartición de honores y riquezas entre los miembros de la comunidad política. Para su realización son necesarias a lo menos dos personas y dos objetos. La misma relación que existe entre los objetos, debe existir entre las personas. Si las personas no son iguales, no serán tratadas de manera igual. Si las personas en pie de igualdad no obtienen partes iguales o si personas desiguales obtienen trato igual, nacen las disputas y controversias. Lo mismo ocurre si se atiende a los méritos de las partes que reciben las ganancias. En lo que concierne a la partición todo el mundo está de acuerdo en que debe hacerse según el mérito de cada uno; sin embargo, no hay conformidad respecto de la naturaleza del mérito, puesto que los demócratas dicen que es la libertad, los oligarcas la riqueza o el nacimiento y los aristócratas la virtud. La justicia distributiva es una relación de proporción, que ARISTÓTELES define como "progresión geométrica".

La *Justicia correctiva* está presidida por la razón de la estricta igualdad desentendiéndose de la condición de las personas para atender solo al valor de las cosas. Al respecto MANTILLA (1996:340) señala:

La segunda forma de justicia es la justicia correctiva o sinalagmática, que regula las relaciones de cambio. Consiste en una cierta igualdad. Pero no se

trata de la igualdad geométrica, sino de la proporción aritmética. Pues, poco importa que sea un hombre distinguido quien ha despojado a un hombre cualquiera, o viceversa; poco importa que el adulterio haya sido cometido por uno u otro de estos dos tipos de hombres; la Ley no mira sino la naturaleza de la falta; no mira a las personas que pone en pie de igualdad. Poco le importa que sea fulano o zutano quien comete o padece la injusticia. La justicia correctiva se aplica a toda suerte de cambios o de interferencias tanto de naturaleza civil como penal.

Según la *Justicia correctiva* el Derecho de Daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una *justa* compensación y disuasión. Si una persona ha causado ilícitamente un daño a otro tiene el deber de repararlo. Desde esta perspectiva, el Juez trata de corregir la injusticia hecha por una parte a otra, y el remedio responde a la injusticia y busca precisamente corregirla.

En la responsabilidad civil como justicia correctiva lo fundamental es que un individuo ha dañado ilícitamente a otro, y por tanto tiene un deber de reparación.

Desde esta perspectiva el Juez trata de corregir la injusticia hecha por una parte a otra, y el remedio responde a la injusticia y busca precisamente corregirla. Así la responsabilidad refleja una relación normativa entre un demandante determinado y un demandado determinado. La idea de ilícito, entonces, debe ser entendida como una expresión jurídica de los requerimientos de equidad entre las partes.

9. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

9.1. ANTIJURICIDAD

La antijuricidad es uno de los requisitos que debe concurrir en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual⁶.

⁶ La doctrina mayoritaria utiliza el término antijuricidad. Sin embargo, hay autores que prefieren denominar "ilicitud". En nuestro medio, ESPINOZA (2002: 67-68) utiliza el término "ilicitud".

La conducta que produce un daño puede estar o no autorizada por la Ley. Si tal conducta está autorizada por la Ley, no será considerada injusta debido a la licencia conferida por el legislador para su producción (Verbigracia: La intervención quirúrgica para salvar la vida de una persona). Sin embargo, si la conducta produce daño sin autorización, será considerada como una conducta injusta (URIBURÚ 2009:144).

En consecuencia, no habrá responsabilidad si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo permitido por el Derecho, es decir, dentro de lo lícito, lo cual significa, por ejemplo, que el autor de un daño no será responsable, si el daño lo ocasionó en el ejercicio regular de un derecho, por cuanto, se trata de un daño causado dentro del ámbito de lo permitido por el sistema jurídico y en este supuesto nos encontramos ante la presencia del denominado: *daño autorizado* o *daño justificado*.⁷ Como bien dice TABOADA (2001: 35-36):

[...] sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres [...].

9.1.1. CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD

Para CALLE (2002: 232) por antijuricidad debe entenderse “la disconformidad que existe entre la conducta o el hecho y el ordenamiento jurídico. Se dice que la antijuricidad significa lo contrario al derecho, por lo que,

⁷ El artículo 1971 del Código Civil señala que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho, en la legítima defensa y en el estado de necesidad.

para un sector de la doctrina, resulta siendo sinónimo de ilicitud. Así, se ha señalado que lo ilícito es lo contrario a la Ley. La antijuricidad es lo contrario al derecho [...]”.

MOSSET, citado por CALLE (2002: 232), señala: “[...] el concepto de antijuricidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión para abarcar no solamente los casos de violación directa de la Ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato”.

La noción de antijuricidad desborda el concepto de ilicitud, ya que supone no sólo contrariedad a los preceptos legales que es la regla en el Derecho Penal, sino también conductas que atentan determinados deberes jurídicos y cuya violación engendra responsabilidad. Frente a la antijuricidad formal existe una antijuricidad material que admite una serie de actos que engendran responsabilidad civil, actos que no suponen una contradicción propiamente con la Ley sino más bien con las buenas costumbres, principios generales del derecho, etc.

La noción de ilicitud no siempre está en todas las hipótesis de responsabilidad civil. En la actualidad en materia de responsabilidad existe la responsabilidad por *riesgo*, que impone el deber de reparar bajo el fundamento de la *peligrosidad* de ciertas actividades. Estas siendo legítimas en su origen, incluyen determinados riesgos típicos que son causa de esos daños. En estos casos, la obligación de resarcir tiene su origen en actos que muchas veces generan beneficios para toda la sociedad pero que de ningún modo pueden

calificarse técnicamente como culposos o contrarios al derecho (CALLE 2002: 233).

9.1.2. LA ANTIJURICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En el ámbito contractual la antijuricidad es típica, pues conforme lo dispone el artículo 1321 del Código Civil ésta resulta del incumplimiento total de la obligación, cumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío o moroso. En estos casos, las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar están tipificadas legalmente, es decir, están predeterminados o específicamente previstos por el ordenamiento jurídico.

9.1.3. LA ANTIJURICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual la antijuricidad es atípica, debido a que no están predeterminados en el ordenamiento jurídico las conductas que dan lugar a la responsabilidad, por lo que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta antijurídica en sentido amplio, es decir, cuando con la conducta se infringe los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico, y en este caso, el principio de no causar daño a los demás.

Lo dicho claramente se colige de los artículos 1969⁸ y 1970⁹ del Código Civil, ya que en ambos se hace referencia únicamente a la producción del

⁸ Artículo 1969.- Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

⁹ Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

daño, sin mencionarse el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido originar; entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño, siempre que sea antijurídica, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

9.1.4. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO DAÑINO

El artículo 1971 del Código Civil establece como causas de exoneración de responsabilidad civil: el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad.

Existen circunstancias en las cuales la Ley autoriza para causar daño, por ejemplo, el Secretario del Juzgado está facultado para el descerraje de la puerta de un deudor para trabar embargo. Igualmente, tenemos derecho a defendernos contra la agresión ilegítima, utilizando medios adecuados, aunque con ellos pudiera causarse daño al agresor. En estos casos, la Ley no proscribire el daño, sino por el contrario autoriza para causarlos. Estos son los llamados *daños autorizados*, que están fuera del campo de la responsabilidad civil.

9.1.4.1. EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO

El artículo 1971 del Código Civil señala que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho.

Se trata de casos en los cuales una persona ejerce un derecho que la Ley le faculta, con lo cual eventualmente puede causarse daños. Es decir, los daños ocasionados en ejercicio regular de un derecho están amparados por el ordenamiento jurídico. Evidentemente, el ejercicio del derecho debe ser

regular, es decir, ese derecho debe ser usado dentro de sus propios límites. No sería regular, por ejemplo, cuando un verdugo que aplique la pena de muerte con particular crueldad o sin la existencia de un juicio previo, o cuando un Secretario de Juzgado que al momento de embargar se lleve algunas cosas del deudor para su satisfacción personal.

En este rubro también pueden asimilarse los daños ocasionados a los bienes jurídicos en ocasión del ejercicio de un oficio o un cargo; asimismo, se pueden equiparar los daños ocasionados en un obrar por disposición de la Ley o en el cumplimiento de un deber. En estos casos, se dice que el sujeto actúa en ejercicio del derecho de dañar. Y si bien es cierto que estos supuestos no están previstos en el Código Civil, constituyen causales de justificación genéricas previstas en el artículo 20 del Código Penal, que a través del mecanismo de integración analógico resultaría aplicable también a la responsabilidad civil.

9.1.4.2. LEGÍTIMA DEFENSA

El artículo 1971 del Código Civil señala: “No hay responsabilidad en la legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno”.

Es el daño ocasionado al repeler una agresión injusta y violenta a bienes jurídicos propios o de terceros. Para la apreciación y definición de la legítima defensa, debemos tomar los criterios establecidos en el Código Penal. No existe impedimento para aplicar estos criterios analógicamente al ámbito civil.

El inciso 3, del artículo 20 del Código Penal entiende por legítima defensa, que exime la responsabilidad penal, la situación del que “obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros”, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Para que la conducta dañosa sea justificada, se requiere de los requisitos mencionados, esto es: la agresión ante la cual reacciona el causante del daño debe ser ilegítima, es decir, no debe tratarse de una agresión mandada o permitida por el Derecho; debe emplearse un medio racional para repeler la agresión (un medio que no cause más lesión de la necesaria); y no debe existir una provocación suficiente de parte del que se defiende. Así mismo, aun cuando la norma no lo dice expresamente, la doctrina considera que la reacción del que hace la defensa debe ser instantánea, o dicho de otra manera, debe existir actualidad en la reacción, de lo contrario ya configuraría una acción de venganza desaprobada por el Derecho.

Según ESPINOZA (2002:73-74) sus características de la legítima defensa son las siguientes: a) El peligro debe ser actual; b) El peligro debe amenazar un interés directo y plenamente tutelado por el Derecho; c) La amenaza debe ser injusta; d) El recurso a la defensa debe ser necesario e inevitable; e) La reacción debe ser proporcional a la agresión.

9.1.4.3. ESTADO DE NECESIDAD

El artículo 1971 del Código Civil señala: “No hay responsabilidad en la “pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.

En el estado de necesidad se ocasiona el daño en circunstancias en que existe un conflicto de intereses, el que se resuelve sacrificando el interés de menor valor.

Según ESPINOZA (2002: 76) los elementos constitutivos del estado de necesidad son: a) El daño que se pretende evitar debe ser grave; b) La situación de peligro debe ser inevitable; c) Debe haber la ausencia de un particular deber jurídico de exponerse al peligro.

Resulta necesario afirmar que en los casos de daños producidos en estado de necesidad de todas maneras se debe otorgar resarcimiento al titular del bien jurídico afectado; pues resulta inicuo cargar el peso del daño en alguien sin que exista una razón que lo justifique. En ese sentido, estamos de acuerdo con TRAZEGNIES (1999, t. I: 132), cuando se pregunta: “¿Qué razón existe para que no indemnice a un tercero cuando le destruyo parte de su propiedad con objeto de salvar un bien de mi propiedad? A nadie se le debe permitir que resuelva sus problemas a expensas de otro”. Más adelante agrega:

Es cierto que si una persona se encuentra en estado de necesidad respecto de su persona o de sus bienes, debe poder utilizar la propiedad ajena aun cuando esta reciba un daño para salvar la suya; siempre que el bien salvado sea manifiestamente superior al bien dañado. Pero ese tercero no tiene por qué sufrir las consecuencias de un caso fortuito que solo me afecta a mí: no hay justificación moral ni jurídica para que yo traslade parte del costo de mi caso fortuito a mi vecino y lo haga soportar el peso económico de un azar que solo yo (y no él) tuve la desgracia de que me sucediera. Si hay el riesgo de que el río invada mi predio y destruya todas mis cosechas, tengo indudablemente derecho a destruir una parte de las cosechas del vecino para hacer defensas en ese lugar; pero debo lógicamente indemnizarlo por ello. En cambio, el inciso 3o del artículo 1971 me autoriza a obligar al vecino a compartir mi riesgo y mi daño, porque le causo una merma en mi exclusivo provecho y no le indemnizo: así, yo no pierdo, pero él sí (DE TRAZEGNIES, 1999, t. I: 132).

Finalmente, en el artículo 959 del Código Civil, respecto a las limitaciones por razón de vecindad (Derecho de Propiedad), se establece una indemnización a favor del propietario de un predio por los posibles daños que se le pudiera causar en ocasión del estado de necesidad del propietario de un predio vecino. Este dispositivo legal resulta incongruente con el artículo 1971 del Código Civil, ya que establece un régimen resarcitorio diferenciado, sin que exista razón alguna para tal diferenciación.

9.2. EL DAÑO

Otro de los requisitos de la responsabilidad civil es el daño. Si no hay daño debidamente acreditado, no existirá ningún tipo de responsabilidad civil. Sólo cuando se ha causado un daño se configura un supuesto de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual.

El daño es un componente esencial y determinante de la responsabilidad civil. Podríamos calificarlo como el elemento más importante respecto a los otros componentes de la responsabilidad civil; de ahí que ante la ausencia de éste o de su prueba, la demanda entablada carece de causa y no habrá necesidad de seguir estudiando los otros elementos de la responsabilidad civil.

9.2.1. CONCEPTO DE DAÑO

El *daño* proviene del latín *demere* que significa *menguar*. Es entendido como detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico, pudiendo ser el interés uno de carácter patrimonial o uno extrapatrimonial. Este menoscabo se va a manifestar en una afectación a la esfera personal o patrimonial de un sujeto.

Para MARTÍNEZ RAVE (1998:160) el daño es:

[...] la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista el daño. Si ese interés se encuentra protegido normativamente como un derecho real o subjetivo, no pierde su categoría de interés, y su desconocimiento, violación o detrimento origina el daño indemnizable, desde el punto de vista jurídico.

Según ALTERINI (1992: 123): "El concepto de daño puede ser comprendido con dos significados de distinta expresión. En sentido amplio hay daño toda vez que se lesiona un derecho subjetivo. En cambio, para que haya daño en sentido estricto la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera – en determinadas circunstancias – una sanción patrimonial [...]."

Por su parte, BUSTAMANTE (1989: 135) sobre la noción de daño escribe: “Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto del daño patrimonial”.

Todo daño afecta a un bien jurídico, a un interés legítimo de una persona. Un bien jurídico es todo objeto material o inmaterial, sea de valor económico o no, que sirva al hombre para satisfacer sus necesidades. El interés legítimo es aquel que impulsa al hombre para realizarse mediante la satisfacción de las exigencias físicas y espirituales consustanciales con la naturaleza humana.

9.2.2. REQUISITOS DEL DAÑO

9.2.2.1. CERTEZA DEL DAÑO

El daño para que sea objeto de indemnización tiene que ser *cierto*, es decir, debe ser verificada para poder condenarse al pago de la indemnización. Si no hay esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor del daño. MARTÍNEZ (1998:163) afirma: “La certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia. Es la certidumbre sobre el mismo [...]”.

La noción de daño cierto se opone a la de *daño hipotético o eventual*; la mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar resarcimiento. El *daño hipotético* es aquél que no ha acaecido y, como tal, es

de imposible evaluación. DE TRAZEGNIES (2000, t. II: 3) pone el siguiente ejemplo de *daño hipotético*:

El caso nítido de daño no cierto —luego, no reparable— sería el del pasajero que decide por razones personales no tomar un avión que luego se estrella; evidentemente, no puede reclamar daños y perjuicios alegando que pudo haber sido parte del desastre. Aun cuando este caso resulte *exprofesso* caricaturesco con fines de exposición, la realidad proporciona muchas situaciones intermedias, en las que la distinción entre el daño y su mera eventualidad o expectativa no es tan clara.

Situación distinta ocurre con el *daño futuro*. Se entiende por esta categoría jurídica al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar, pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde como consecuencia retardada del mismo acto dañino. Es un daño ya existente en potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo. El ejemplo clásico es el caso del accidentado que deberá seguir realizando gastos para su rehabilitación, aún después de expedido el fallo indemnizatorio (DE TRAZEGNIES 2000, t. II: 4-5).

Ese daño futuro, así entendido, es considerado como resarcible por la doctrina. Los hermanos MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, citado por DE TRAZEGNIES (2000, t. II: 5), señalan: "no debe distinguirse entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio hipotético, eventual": solo este último no es reparable.

El daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento de dictarse la sentencia, pero el juzgador puede tomarlo en cuenta si existe posibilidad

efectiva de que se produzca. La evaluación de tales daños procede por regla general, en vía equitativa.

Es necesario diferenciar el *daño futuro* con el daño de la *pérdida del chance o de la oportunidad*. Este último consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una oportunidad, de una probabilidad. El ejemplo típico es el caso del deudor que envía al acreedor tardíamente un caballo de carrera y pierde con ello la oportunidad de disputar un premio.

En el daño de *la pérdida de chance o de la oportunidad* coexisten dos elementos: un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre.

El elemento de certeza parte del razonamiento que “de no haber mediado” la ocurrencia del evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial.

Por otra parte, el elemento incertidumbre se refiere a que “de no haberse producido tal evento dañoso y mantenido el chance u oportunidad” no se tenía certeza de que la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado.

9.2.2.2. SUBSISTENCIA DEL DAÑO: QUE NO HAYA SIDO INDEMNIZADO CON ANTERIORIDAD

Este requisito establece que a efectos de solicitar una indemnización el interés dañado a repararse debe no haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que de permitir su

indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido.

En otras palabras, la subsistencia del daño se entiende como *pendiente de indemnización, de pago, en el momento del fallo* y no la existencia física o material del daño. Verbigracia: la pérdida de una pierna, como daño, puede existir en el momento de dictarse el fallo pero si ya fue indemnizado, no está subsistente para los efectos indemnizatorios.

9.2.2.3. AFECTACIÓN PERSONAL DEL DAÑO

Sólo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido. Como indica BUSTAMANTE (1989: 148): “El daño debe ser propio de quien reclama la indemnización. Nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro, aunque derive éste del mismo acto ilícito que perjudicó a aquél”.

La afectación personal de la víctima se encuentra vinculado al tema de la indemnización de los *daños a intereses difusos*, donde no podemos determinar con precisión quién es el sujeto responsable y quién es la víctima. Es el caso, por ejemplo, de la contaminación ambiental producto del uso de un *aerosol*. Aquí surge la siguiente pregunta: ¿Quiénes son los responsables y quiénes son las víctimas?.

Según MONTERO, citado por BELTRÁN (2002: 38), los *intereses difusos* se define como:

[...] aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino más

bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.

El punto de discusión de los *intereses difusos* gira en torno a la *legitimidad para obrar*. Existe debate en la doctrina respecto quién puede demandar la pretensión indemnizatoria y en qué situación procesal. Sobre el particular el artículo 82 del Código Procesal Civil señala:

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial tales como la defensa del medio ambiente, de bienes de valores culturales o históricos o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, éste último por Resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los artículos 93 a 95. En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial "El Peruano" o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente. En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la

Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.

9.2.2.4. INTERÉS LEGÍTIMO

La lesión de un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible. Ese interés debe ser tutelado por la Ley; no basta un interés de *hecho*, debe ser un interés *jurídico*. La lesión de un interés contrario a la Ley o ilegítimo no merece protección. Verbigracia: un contrabandista no puede reclamar daños y perjuicios a su cómplice que se niega a reconocerle su participación en las utilidades del negocio ilícito (BUSTAMANTE 1989: 149).

9.2.2.5. PROBANZA DEL DAÑO

El daño debe estar probado para que pueda ser indemnizado. El actor debe probar que el daño se produjo.

El artículo 196 del Código Procesal Civil señala: "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

El demandante que solicita la indemnización debe probar el daño que se le causó. Sin embargo, dadas las dificultades que implica usualmente la probanza, los tribunales han aliviado esta carga del demandante, exigiendo solo que se acredite de una manera genérica la existencia del daño; acreditado este hecho, el monto indemnizatorio es apreciado prudencialmente por el Juez.

9.2.3. CLASES DE DAÑO

9.2.3.1. DAÑOS PATRIMONIALES

Son las lesiones a los derechos patrimoniales, es decir, la lesión de derechos de naturaleza económica. Estos daños afectan el patrimonio económico de las personas.

DE ÁNGEL (1993: 671) también señala este tipo de daño con la denominación de *daño material*, afirma que el *daño material* “consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener”.

En el daño patrimonial, a su vez existen dos categorías que son de aplicación tanto al campo contractual como extracontractual: *el daño emergente y el lucro cesante*.

9.2.3.1.1. DAÑO EMERGENTE

El daño emergente es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida. La indemnización del daño emergente pretende restituir la pérdida sufrida como consecuencia del daño. En un accidente de tránsito ello está representado por el costo de la intervención quirúrgica, hospitalización y la adquisición de medicamentos para el tratamiento de un miembro inferior fracturado.

El artículo 1985 del Código Civil señala: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño [...]”. Al respecto MANZANARES (2008: 41) señala: “Cuando este artículo se refiere a las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del

daño está aludiendo directamente a la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la conducta antijurídica del autor o coautores, es decir, a la noción de daño emergente [...]”.

La indemnización del daño emergente no ofrece mayores dificultades, por cuanto será igual a la pérdida o disminución experimentada por la víctima por el daño causado. Verbigracia: si se destruye los parabrisas de un automóvil, el perjudicado tendrá derecho a una indemnización igual al valor de ese bien.

9.2.3.1.2. LUCRO CESANTE

El lucro cesante es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir, a consecuencia del daño.

A veces, es sencilla la cuantificación del lucro cesante. Por ejemplo, resulta fácil cuantificar el daño originado por la pérdida de una renta efectiva. En tal caso, el monto de la indemnización resulta sencillamente de multiplicar el importe de tal renta por el número de períodos (días, semanas, meses, etcétera) en que la renta no será percibida.

Sin embargo, resulta más difícil en los casos en los que no hay una renta manifiesta ni una necesidad manifiesta de un gasto para reemplazar lo perdido con el daño. En esta hipótesis, la discrecionalidad del Juez para apreciar el monto del lucro cesante es mucho mayor.

9.2.3.2. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los intereses de dicha naturaleza, es decir, aquellos daños que no tienen ningún contenido patrimonial. Dentro de esta categoría se encuentran el daño moral y el daño a la persona.

9.2.3.2.1. DAÑO MORAL

En opinión de TABOADA (2001:58) se entiende por daño moral: “la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima [...]”.

TABOADA (2001:58) además indica: “[...] la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado *socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal [...]*”. Verbigracia, una mujer casada no puede demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años.

El *perjuicio moral* se conoce como el dolor psíquico o de aflicción que sufren las personas por ciertos hechos, como los daños padecidos en su propia vida, dentro de lo cual pueden tenerse en cuenta las lesiones en el cuerpo o en la salud, o a consecuencia de la muerte o lesiones de personas allegadas y con las cuales se tienen relaciones afectivas. Y aunque es menos frecuente, o

acaso de más difícil prueba, también pueden producirse aflicciones y los consecuentes perjuicios morales, por la pérdida de algunos bienes.

9.2.3.2.2. DAÑO A LA PERSONA

Respecto al daño a la persona en doctrina existen discrepancias en cuanto a su significado. TABOADA (2001:61-62) afirma: “Para un sector de la doctrina el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye *la frustración del proyecto de vida de una persona* [...]”. Verbigracia: pérdida de uno o varios dedos para un pianista, de una pierna para una bailarina o jugador profesional de algún deporte rentado, etc..

TABOADA (2001: 62) concluye afirmando: “la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida”:

9.2.4. FORMAS DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO

La finalidad de la institución de la responsabilidad civil es lograr la indemnización del daño sufrido.

Por indemnización se entiende compensar o pagar el daño ocasionado, o como bien apunta MARTÍNEZ RAVE (1998:184) consiste en “[...] restablecer el equilibrio patrimonial roto con el hecho dañoso”.

Dos han sido las formas tradicionales que se han utilizado para el pago de la indemnización: reparación natural o *in natura* y reparación por *equivalencia dineraria*. La primera consiste en la reintegración, en forma específica o volver las cosas al estado en que se encontraban si no se hubiera presentado el hecho dañoso, mientras que por la segunda se compensa o se resarce el daño sufrido mediante una suma de dinero.

En la práctica, la reparación natural se da muy pocas veces, aunque es factible especialmente cuando se trata de daños a las cosas, así por ejemplo, en la responsabilidad contractual cuando se daña un bien puede entregarse uno igual al que se dañó. Pero esta forma de indemnización no es aplicable cuando se trata de daño a la persona.

En nuestra legislación, como en la gran mayoría de los países, prima la reparación por equivalencia dineraria, es decir, se traduce en una suma de dinero, lo cual lo fija el Juez, según las circunstancias de cada caso concreto.

9.2.5. CRITERIOS SOBRE LOS MONTOS INDEMNIZATORIOS DEL DAÑO

En el ámbito *contractual* se indemnizan los daños patrimoniales como el daño moral en cuanto sean *consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional por parte del deudor*. En el campo contractual el monto indemnizatorio será mayor o menor dependiendo del grado de culpabilidad del deudor, conforme se aprecia del artículo 1321 del Código Civil.

En ese sentido, el tercer párrafo del citado dispositivo legal señala: "Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación,

obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

En la responsabilidad extracontractual el principio general que rige es que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. La reparación se mide de acuerdo con la extensión del perjuicio. Este principio es el que se conoce como reparación plena o integral (*restitutio in integrum*) y se encuentra establecido en el artículo 1985 del Código Civil. Según dicha norma: “La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”.

En el campo extracontractual, el monto indemnizatorio no depende del grado de culpabilidad del autor del daño, sino únicamente de la existencia de una relación de causalidad adecuada. Esto significa que se indemnizan todos los daños y no interesa la calificación de previsibles e imprevisibles, como tampoco el que sea consecuencia inmediata y directa o no de la conducta antijurídica.

El principio de la reparación plena o integral es más un anhelo que una realidad, toda vez que resulta imposible borrar totalmente las huellas del daño. En muchas circunstancias existen dificultades prácticas para medir económicamente los daños ocasionados, como ocurre por ejemplo en el daño moral, situación en la cual reparar integralmente el daño es complicado.

9.3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

9.3.1. CONCEPTO

Una vez establecida la existencia de un daño, será menester pasar a otro elemento necesario para que pueda hablarse de responsabilidad, denominado *nexo de causalidad o relación de causalidad*.

Este requisito es uno de los temas más polémicos y difíciles de abordar por el Derecho, toda vez de que para hacerlo se hace indispensable remitirse al estudio de la causalidad, tema que ha sido debatido tanto por filosofía como por las ciencias naturales, sin que se haya cerrado aún de manera definitiva su estudio.

La relación de causalidad es un elemento de vital importancia dentro de los requisitos que se exigen para que surja la responsabilidad civil. Si no existe relación de causalidad no surge la responsabilidad civil.

Entre la conducta del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto, para que exista responsabilidad civil. Es un juicio de relación antecedente – consecuente entre la conducta del causante y la consecuencia, el resultado dañoso.

En síntesis: se entiende por relación de causalidad el vínculo que debe existir entre el hecho y el daño. Entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto.

9.3.2. TEORÍAS SOBRE LA CAUSALIDAD

La ocurrencia de un daño a veces puede ocurrir por múltiples causas. Por ejemplo, un accidente de tránsito puede ser el resultado de la conducta del conductor, del peatón o de un tercero; también puede ser producto de las condiciones atmosféricas, de una falla mecánica, etc. Al juzgador le corresponde efectuar una elección entre las diversas causas. Por ello, la doctrina ha planteado varias teorías sobre la relación de causalidad (LE TOURNEAU 2004:78-79).

9.3.2.1. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES

Esta teoría es la primera que surgió para explicar la relación de causalidad. Fue formulada por el penalista alemán Von Buri.

Según ésta teoría, todos los elementos que han condicionado el daño son equivalentes. Faltando cualquiera de ellos, el daño no se habría producido. Por lo tanto, si todos son condiciones del daño, todos son causa del mismo. La causa es, entonces, toda condición sine qua non: eliminada la causa, la consecuencia desaparece (LE TOURNEAU 2004:79-80).

Para determinar si una situación puede o no ser erigida como causa de un efecto, hay que realizar la prueba mental de suprimir el evento que se quiere analizar. Si el resultado no se produce, es porque ese evento sí debe ser considerado como causa. Si haciendo la supresión mental del suceso, el resultado se produce, ese hecho no sería entonces causa del mismo.

El criterio de esta teoría es excesivo. Verbigracia, si una persona deja un arma en el interior de su vehículo, el dueño del arma responderá sólo porque

no tuvo el cuidado de cerrarlo. La conexión entre su descuido y el daño no se ve afectada por la circunstancia de que un niño abriese la puerta del vehículo, se introdujese en él, tomase la escopeta y la disparara, hechos todos ellos en los que el dueño del vehículo no tuvo participación alguna. ESPINOZA (2002:118) con más claridad cita el siguiente ejemplo:

[...] imaginemos a una persona que consume un sándwich en un establecimiento y resulta que se encontraba descompuesto y es tan fuerte el malestar que lo trasladan en ambulancia a un establecimiento clínico, sin embargo, un camionero distraído embiste con su camión a la ambulancia y fallece el desafortunado consumidor. ¿Quién es el responsable? Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo serían todos, vale decir, el camionero, quien manejaba la ambulancia, el que hizo el sándwich e, incluso, habría que remontarse a quien plantó la lechuga, lo cual resulta ser del todo inaceptable. Es por ello que comparto la observación de que, en esta teoría “el rigor de la lógica no se compadecía con la bondad de la justicia”.

Esta teoría ha sido cuestionada por extender ilimitadamente el concepto de causa. De otro lado, no se puede conceder a todos los acontecimientos que intervienen en la realización del daño el mismo grado causal, la misma equivalencia.

9.3.2.2. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Esta teoría ha sido formulada por Von Kries. La doctrina de la *causa adecuada* adquirió gran predicamento y se considera en la actualidad la posición dominante en la doctrina comparada.

Según LE TOURNEAU (2004: 82-83) “hay causalidad *adecuada* cuando una condición es por naturaleza, *en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida*, capaz de producir el efecto que se ha realizado [...]”. Por

ejemplo, si una persona entrega inocentemente un martillo a otra, no necesariamente conduce a un homicidio; en cambio, si una persona golpea con un objeto contundente en la cabeza de otra, conlleva normalmente a un homicidio o, al menos, le causa lesiones. En cada caso particular, hay que buscar si la causa ha sido idónea o normal para causar el daño. El examen se realiza *a posteriori*.

El concepto de *causalidad adecuada* implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente.

Según DE TRAZEGNIES (1999, t. I: 194), la pregunta clave frente a la situación concreta es: ¿La acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era *adecuada* para producir el daño, y entonces este es objetivamente imputable al agente.

No todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño; es decir, no todas estas causas obligan a su autor a participar como responsable. Según la teoría de la *causa adecuada*, se requiere que la causa sea adecuada e idónea.

Según TABOADA (2001:76-77) para que una conducta sea causa adecuada de un daño deben concurrir dos factores: *un factor in concreto* y *un factor in abstracto*.

El *aspecto in concreto* debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor.

El *aspecto in abstracto* debe entenderse que la conducta antijurídica del autor, abstractamente considerado, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, debe ser capaz o adecuada para producir el daño.

Esta teoría ha sido acogida en nuestro país en el campo de la responsabilidad civil extracontractual. El artículo 1985 del Código Civil señala: “La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”.

9.3.2.3. TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA

Esta teoría ha encontrado eco en la doctrina y jurisprudencia anglosajona. Según esta postura sólo la causa próxima es relevante, por lo tanto, se excluye a las causas remotas, a quienes se considera intrascendentes para los efectos jurídicos. Aquí es preciso atender a las causas inmediatas y directas.

Esta tesis ha sido acogida por nuestro Código Civil en el campo de la responsabilidad civil contractual. El segundo párrafo del artículo 1321 del mencionado Código señala: “El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”.

9.3.2.4. TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE

La teoría de la causa eficiente postula que entre varias causas del daño se debe escoger la causa más eficaz, esto es, la condición que ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado, la que sea más activa. Esta teoría se aproxima a la causa próxima que hemos estudiado anteriormente.

La doctrina ha intentado manejar el concepto de preponderancia de diversas maneras. Unos han hablado de la *causa más activa*. Otros, como BINDING, hablan de *la causa que rompe el equilibrio* entre los factores conducentes a la producción del daño y los factores adversos a ella.

9.3.3. FRACTURAS CAUSALES

9.3.3.1. CONCEPTO

El nexo causal puede romperse por diversas situaciones. La fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero

también pueden contribuir en el resultado dañoso, situaciones en las cuales se habla de *fractura causal*¹⁰.

En estos supuestos, se presenta un conflicto entre dos conductas o causas: *una que no causa el daño y otra que sí llega a producirlo*. La conducta que no ha llegado a causar el daño se le denomina *causa inicial*, mientras que a la conducta que sí llegó a causar el daño se le llama *causa ajena*. De concurrir la causa ajena en la producción del daño, el autor de la causa inicial, no tendrá ninguna responsabilidad. Si el daño ha sido causado, por ejemplo, por la culpa exclusiva de la víctima que ha decidido suicidarse y, para tal efecto, se arroja debajo de un vehículo en plena marcha, no habrá responsabilidad civil del autor de la causa inicial (chofer del vehículo), porque el daño ha sido consecuencia del autor de la causa ajena (el suicida).

Las fracturas causales son aquellos hechos ajenos a la serie causal normal, que interrumpen la cadena de la causalidad adecuada. Por lo tanto, liberan al agente de responder por los daños producidos. Estos son: La fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero. En estos casos se habla de *causa ajena* o *causa extraña*.

9.3.3.2. CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

El artículo 1972 del Código Civil señala que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor.

¹⁰ El artículo 1972 del Código Civil señala: "En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño".

El Código Civil peruano, en el capítulo que regula la responsabilidad extracontractual, no aporta una definición propia del caso fortuito ni de la fuerza mayor. Sin embargo, en el Título sobre inejecución de obligaciones el Código define ambos conceptos. El artículo 1315 señala: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible [...]".

Nuestro Código no distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Si bien la característica de ambas figuras está dada por el hecho de que son eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles; sin embargo, para algunos autores ambos se diferencian por su origen, mientras la fuerza mayor tiene su origen en un evento de la naturaleza, por ejemplo un terremoto, el caso fortuito se origina en un acto de la autoridad, por ejemplo la declaración de guerra de un Estado a otro.

Según DE TRAZEGNIES (1999, t. I: 204) para todo efecto práctico, nuestro Código Civil considera el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad.

El artículo 1315 del Código Civil se refiere a un *evento extraordinario*. Por consiguiente, se trata de un hecho que no es común, que no es usual.

Para que pueda aplicarse la exoneración de la responsabilidad en el caso fortuito y la fuerza mayor, éstas deben concurrir con dos requisitos: *imprevisibilidad e irresistibilidad*. Si solo se satisface uno de ellos, no alcanza poder liberatorio.

La *irresistibilidad* es la imposibilidad de resistir. Debe tratarse de un fenómeno insuperable.

MARTÍNEZ (1998:154) sobre la *imprevisibilidad* sostiene: “se refiere al fenómeno no previsto o que no puede suponerse que se va a presentar porque normalmente no se da, porque no es frecuente o no se ha presentado anteriormente en forma regular, no es común”.

Las circunstancias de irresistibilidad e imprevisibilidad deben ser analizadas en cada caso concreto, pues es difícil establecer *a priori*, de manera absoluta o anticipada, cuáles son esos sucesos en general.

Dicho lo anterior, surge el siguiente problema: ¿Las circunstancias de irresistibilidad e imprevisibilidad deben ser consideradas *in abstracto* o *in concreto*?

DE TRAZEGNIES (1999, t. I: 211) señala que caben tres alternativas: a) Que se tome en cuenta solo lo que el causante hubiera estado en posibilidad de predecir o de resistir por sí mismo; o b) Que se tome en cuenta lo que cualquier hombre razonable hubiese estado en posibilidad de prever o de resistir; y c) Que se tome en cuenta lo que un experto hubiera estado en posibilidad de predecir y un hombre excepcional hubiese estado en posibilidad de evitar.

La mayoría de los autores se inclinan por la segunda alternativa: la previsión y la resistencia deben ser apreciadas en función de la capacidad de previsión y de resistencia de un hombre normal. Al respecto Los MAZEAUD, citado por DE TRAZEGNIES (1999, t. I: 211), afirman:

[...] La imprevisibilidad y la irresistibilidad se aprecian *in abstracto*. No se trata, pues, de averiguar si el mismo demandado podía prever el acontecimiento y resistir a él, sino de saber si un individuo cuidadoso, colocado en las mismas circunstancias, lo hubiera previsto o impedido. La fuerza mayor se aprecia, pues, como la culpa: por comparación, *in abstracto*; y no *in concreto*, por el análisis del estado espiritual del demandado.

En igual sentido, MARTÍNEZ (1998: 154) señala: “La irresistibilidad no debe analizarse en relación con una persona en especial, sino genéricamente, esto es que debe ser irresistible para cualquier persona colocada en las mismas condiciones objetivas que el presunto responsable [...]”.

9.3.3.3. HECHO DETERMINANTE DE UN TERCERO

Otra causa ajena o extraña que libera de responsabilidad por ruptura del nexo causal es el hecho determinante de un tercero.

El artículo 1972 del Código Civil señala que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia del hecho determinante de un tercero.

El hecho del tercero debe ser causa exclusiva, única y determinante del daño para que se convierta en exoneratorio de responsabilidad.

En el hecho determinante de un tercero existe un acontecimiento extraño producido por la voluntad de quien no es agente sino por un tercero. Para que el hecho de un tercero sea considerado como factor extraño se requiere, por tanto, que no sea imputable al presunto autor.

Sobre esta causal de exoneración de responsabilidad MARTÍNEZ (1998:157-158) afirma:

Si el hecho del tercero es la única causa del daño o del resultado, se rompe el nexo causal porque la imputación física se hizo equivocadamente pues el hecho se imputó a una persona distinta al que realmente lo realizó: fue un tercero quien lo causó y no a quien se imputa. Este fenómeno exonerativo debe ser como la fuerza mayor y el caso fortuito, *irresistible e imprevisible* para el causante del daño. Por eso se exige, necesariamente, que no exista ninguna relación de dependencia entre el causante y el tercero. Tampoco puede existir culpa del causante en el hecho del tercero, porque si la hubiere pierde su calidad de fenómeno liberatorio de responsabilidad.

9.3.3.4. HECHO DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA

El artículo 1972 del Código Civil señala que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de la imprudencia de quien padece el daño.

Esta figura exonerativa parte de la siguiente lógica: quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.

Cuando el hecho de la víctima es único y determinante en el resultado, el nexo de causalidad se rompe, ya que no fue el causante sino la propia víctima la que originó. En ese caso, no existe responsabilidad civil; el demandado se libera de la obligación de indemnizar. Verbigracia: trabajador que desobedece órdenes de sus superiores y fallece realizando unas obras en un pozo de extracción de carbón. Al respecto DE TRAZEGNIES (1999, t. I: 233) señala:

[...] aquí también se trata de un daño que no ha sido producido por el presunto agente; un daño del cual el demandado no es autor. Pero, a diferencia del caso

fortuito en que el daño es atribuible a un suceso anónimo y del hecho determinante de tercero que es imputable a una tercera persona, aquí la causa del daño se encuentra —total o parcialmente— en el hecho de la propia víctima.

Si el hecho de la víctima es el único causante del daño sería injusto responsabilizarle al presunto responsable. Como muy bien apunta MARTÍNEZ (1998:145): “[...] Nadie puede beneficiarse de sus propios errores, nadie puede beneficiarse de sus propios y exclusivos hecho dañosos y es por eso que, en esos casos, se libera de responsabilidad a quien se imputa el daño”.

9.3.4. CONCAUSA

El artículo 1973 del Código Civil prescribe: “Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el Juez, según las circunstancias”.

Cuando el resultado es consecuencia lógica de una causa única es fácil encontrar la causa del daño. Pero a veces en la producción del daño también contribuye la propia víctima, supuesto en la cual la doctrina y la legislación hablan de la figura de *concausa*, donde el daño si bien se ha producido como consecuencia de la conducta del autor, pero ello ha ocurrido con la contribución de la propia víctima. En ese supuesto, el juzgador podrá reducir la indemnización a cargo del autor, teniendo en cuenta el grado de participación de la víctima, lo cual será apreciado por el magistrado según cada caso en particular.

La concurrencia de culpas o *concausa* se funda en razones de equidad, pues si la víctima concurrió con su conducta culposa a la causación del

perjuicio, es natural que la indemnización deba rebajarse en proporción a esa participación de la misma. Por ejemplo, cuando un albañil fallece al caerse de un andamio en la construcción de un edificio, existe una conjunción de responsabilidades, imputables a la empresa, por falta de las debidas condiciones de seguridad, y al operario, por su propia imprudencia, que tuvo a su disposición los medios para evitar el riesgo y pese a ello realizó su trabajo con omisión de esos medios y sin el debido cuidado.

9.3.5. PLURALIDAD DE CAUSAS O COAUTORES

El daño no siempre puede ser ocasionado por una sola persona. A veces en la producción del daño concurren varios sujetos, quienes mediante una conducta común o a través de conductas singulares pueden ocasionar el daño, hipótesis en la cual se habla de *pluralidad de causas o coautores*.

Según el artículo 1983 del Código Civil, los coautores con relación a las víctimas son solidariamente responsables, pero en las relaciones internas entre ellos el monto indemnizatorio se distribuye y se asume en función al distinto grado de participación de cada uno de ellos en la conducta y en la producción del daño. Y, en el supuesto de que no sea posible distinguir el grado de participación de cada autor, la indemnización se distribuirá en partes iguales.

9.4. FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Para que se configure un supuesto de responsabilidad civil es necesaria la concurrencia de determinados requisitos: la conducta antijurídica del autor o autores, el daño causado a la víctima o víctimas, la relación de causalidad y,

finalmente, los factores de atribución. Habiendo analizado ya los tres primeros, corresponde estudiar el último presupuesto: los factores de atribución.

9.4.1. CONCEPTO

Una vez establecido el nexo de causalidad físico entre el hecho y el daño, se debe buscar una razón que justifique imponer al demandado la obligación de indemnizar a la víctima. El factor de atribución es el fundamento para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño.

Este elemento contesta a la pregunta: ¿A título de qué es responsable el autor del daño?. Es decir, constituye *el fundamento del deber de indemnizar*.

En opinión de TABOADA (2001:31) los factores de atribución “[...] son aquellos que finalmente determinan la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad”.

En la responsabilidad contractual el factor de atribución es *la culpa* clasificada en tres grados: culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo¹¹. Mientras que en la responsabilidad extracontractual según lo prevé los artículos 1969 y 1970 del Código Civil son dos los factores de atribución: *la culpa y el riesgo creado*.

¹¹ Conforme al artículo 1318 del Código Civil actúa con dolo “quien deliberadamente no ejecuta la obligación”.

Los artículos 1319 y 1320 del citado cuerpo normativo definen la culpa inexcusable y culpa leve. Se incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Se actúa con culpa leve cuando se omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

9.4.2. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Según la doctrina y legislación, tanto comparada como la nacional, existen dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual: el sistema subjetivo y el sistema objetivo.

El sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el artículo 1969, mientras que el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970.

9.4.2.1. SISTEMA SUBJETIVO

El artículo 1969 del Código Civil señala: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

El sistema subjetivo se fundamenta sobre la *culpa del autor*, que es su factor de atribución, según la cual se exige no sólo que se haya causado un daño a la víctima, sino que el mismo sea consecuencia del dolo (ánimo deliberado de causar daño) o la culpa (negligencia o imprudencia) del autor, pues en caso contrario no habrá responsabilidad. En este sistema, la obligación de indemnizar los daños causados se hace depender de un juicio del comportamiento del causante en términos de culpa o negligencia.

Según este sistema el autor del daño responde porque se ha producido *por su culpa*, es decir, está obligado a reparar quien ha actuado mal, quien, por lo menos, ha cometido una imprudencia en el obrar. No debe responder del

daño, por tanto, el que se ha comportado con la diligencia debida (DE ANGEL 1993: 52).

En este sistema el concepto de culpa juega un rol determinante. El autor de un daño sólo responde, cuando en su acción ha intervenido voluntad de dañar o negligencia. Esta idea se sintetiza en el siguiente principio: *no hay responsabilidad sin culpa*, lo cual es conocido como el principio de la culpa. La persona sólo debe responder de sus actos *reprobables*; los actos ajenos a su voluntad son irrelevantes.

Esta teoría ha sido acogida por los ordenamientos jurídicos de Europa continental, de tradición romanista, dentro de ellos se encuentra el Código Civil francés de 1804. Su vigencia se enriqueció con la filosofía liberal, que tuvo fuerte influencia en la sociedad.

9.4.2.1.1. LA CULPA

Como hemos indicado anteriormente en el sistema subjetivo prima el principio: *sin culpa, no hay responsabilidad*. Sin embargo, el gran inconveniente de este sistema es la imprecisión del concepto de culpa, ya que no está definido por la Ley, ni existen criterios para su apreciación. Muchos defensores del sistema objetivo sostienen que la culpa no debe ser requisito de la responsabilidad civil extracontractual.

La culpa ha sido definida como la omisión de la diligencia exigible al agente; como un deber de previsibilidad, de diligencia, de atención, que supone, el poder o posibilidad plena del agente de obrar de otro modo.

Según CALLE (2002:257) la culpa “[...] consiste en no cumplir un acto que habría debido cumplirse o abstenerse de realizar una conducta exigible; por ello puede presentarse por la ejecución de un hecho - culpa por acción - o por la no ejecución de un hecho, en una abstención - culpa por omisión”.

9.4.2.1.2. CULPA OBJETIVO Y SUBJETIVO

La culpa objetivo o *in abstracto* toma como pauta para apreciar la culpa, la conducta que tendría que haber adoptado un *buen padre de familia*, es decir, el patrón del *hombre razonablemente prudente*. Por ejemplo, para juzgar la conducta de un médico tenemos que compararlo con la que hubiere tenido otro médico *prudente*. Se coteja la conducta del *hombre prudente* con la conducta desarrollada por el sujeto. Si éste último no ha cumplido con las diligencias objetivas que hubiera correspondido, se considera que existió *culpa*.

En cambio, la culpa subjetiva o *in concreto* analiza la culpa únicamente al sujeto mismo. No se compara con estándares generales o abstractos. Solo se tiene a la vista las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar.

9.4.2.1.3. EL DOLO

Según CALLE (2002: 258) el dolo extracontractual se entiende “como la comisión de un hecho con la intención de causar daño”. Sus elementos son la conciencia del acto que se realiza y de sus resultados, y la voluntad de cumplir dicho acto y perseguir con el mismo la consecuencia dañosa.

El dolo extracontractual se diferencia del dolo contractual, toda vez que este último se presenta cuando el deudor incumple deliberadamente con la obligación asumida, ya sea para causar un perjuicio al acreedor o no.

9.4.2.1.4. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Es difícil probar la culpa, por lo que la doctrina ha introducido la inversión de la carga de la prueba. Producido el daño, se presume que la causación de éste fue negligente, salvo que se pueda acreditar que la conducta del causante fue diligente. La ventaja para la víctima es que la presunción juega a favor del demandante, por razones de protección de víctimas.

9.4.2.2. EL SISTEMA OBJETIVO

El artículo 1979 del Código Civil señala: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

La teoría de la culpa ha sido cuestionada por diversos autores. Desde el inicio se hicieron notar las limitaciones propias de la responsabilidad basada en la culpa. Primero se sostuvo que la culpa es de difícil probanza y, como tal, no se logra la real indemnización a las víctimas; luego las críticas se agudizaron con la aparición del fenómeno de la *industrialización*, lo cual aumentó considerablemente la producción de daños.

Dentro de este contexto, los defensores de la teoría de la culpabilidad se vieron obligados a aceptar las llamadas *presunciones de culpa* que persiguen mejorar la condición de la víctima del daño. Se siguió respetándose la idea de culpa, pero se invirtió la carga de la prueba; al causante se presumía culpable. Con ello, la víctima ya no estaba obligada a probar la culpabilidad del causante, sino que éste debía probar que actuó sin culpa. Esta medida tampoco solucionó el problema, por lo que empezó a surgir la teoría objetiva.

Esta teoría sostiene que el autor de un daño responde con independencia de que haya tenido o no la culpa de su producción. No es necesario averiguar las características de su conducta. Debe indemnizar el daño sólo por haberlo causado, o si se quiere, por haber realizado una actividad apta para producir un *riesgo* (DE ANGEL 1993: 53).

En síntesis: el sistema objetivo se construye sobre la noción de *riesgo creado*, que es su factor de atribución. Según este sistema, basta demostrar que el daño ha sido causado con un bien o actividad considerada *riesgosa o peligrosa*, además de la relación causal, siendo irrelevante la existencia de culpa o no.

9.4.2.2.1. TEORÍA DEL RIESGO

La teoría del riesgo salió a la luz al final del siglo XIX y fue desarrollada al comienzo del siglo XX.

La idea básica de la teoría del riesgo consiste en que: “[...] toda actividad que provoque un riesgo para otro torna a su autor responsable del perjuicio que dicha actividad pueda causar, sin que tenga que probar una culpa como origen del daño” (LE TOURNEAU 2004: 39).

La teoría del riesgo se apoya en el valor de la solidaridad y, sobre todo, como indica LE TOURNEAU (2004:39) “[...] en la idea de justicia elemental: por su actividad, el hombre puede procurarse un beneficio (o un placer); como contrapartida, él debe reparar los daños que provoca”.

Con esta teoría se facilita enormemente la indemnización a la víctima, ya que solo se requiere establecer la relación de causalidad, para que proceda la indemnización.

Según LE TOURNEAU (2004:39) el fundamento de la responsabilidad por riesgo “[...] resulta sin duda del señorío o dominación (*maitrise*) que el responsable tenía o debía normalmente haber tenido sobre los hombres o las cosas por las cuales debe responder”.

La teoría del riesgo mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican. Una fábrica de explosivos, un automóvil, un ferrocarril, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suya extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia.

9.4.2.2.2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El artículo 1970 del Código Civil señala: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

El Diccionario de la Real Academia Española define el *riesgo* como *contingencia o proximidad de un daño* y, de otro lado, define el término *peligroso* como *que tiene riesgo o puede ocasionar daño*. Ambos conceptos denotan proximidad al daño.

Un bien puede ser riesgoso por su actividad o por su función. Por ejemplo, el automóvil es un bien riesgoso. No se puede prohibir la circulación de los automóviles, porque tiene una serie de ventajas en una sociedad

moderna. Sin embargo, por ser un bien riesgoso, debe compensarse de alguna manera a las víctimas que sufren daños por los eventuales riesgos. De ocurrir un daño con un automóvil bastará acreditar el daño y el nexo causal, para que surja la obligación de reparar a cargo del causante (CALLE 2002:261).

Una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza, o por las circunstancias de su realización genera riesgo o peligro para terceros.

El carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros. La ponderación de esas circunstancias y su incidencia en la riesgosisad de la actividad, debe realizarse en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en concreto.

Cabe precisar que en cierto sentido toda actividad implica *riesgo*. El simple hecho de salir a caminar por la calle crea un riesgo para sí y para otros. Ese *riesgo* no es al que se refiere el artículo 1970. Para los efectos del citado dispositivo legal debe entenderse como *riesgo* aquella circunstancia que coloca un *peligro adicional* al simple riesgo de la vida cotidiana.

Si bien todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades suponen un riesgo ordinario. Empero, existen bienes y actividades que significan un riesgo *adicional al ordinario*, como es el caso de los automóviles, al que hemos hecho referencia. Para este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, sino que bastará con probar el daño causado, la relación

de causalidad y que se ha tratado de un daño ocasionado mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario.

En la responsabilidad objetiva quien con un bien o una actividad riesgosa causa un daño debe repararlo, haya o no habido dolo o culpa. Se basa en la fórmula: *quien con su actividad crea las condiciones de un riesgo, debe soportar las consecuencias*. Los autores han indicado que esta doctrina parte de la relación *riesgo-provecho* que toda actividad económica involucra.

Finalmente, cabe precisar que resulta difícil determinar todas las actividades riesgosas. TRAZEGNIES (1999, t. I: 102) señala: "Ciertamente, no es posible establecer un catálogo de actividades riesgosas, sujetas a la responsabilidad objetiva. Es a los jueces a quienes les corresponde determinar en cada caso si se trata de una actividad riesgosa o no".

CAPÍTULO IV

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO SANCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. INTRODUCCIÓN

La legislación peruana, con la reforma introducida por la Ley N° 27495, regula un régimen mixto de decaimiento y disolución del matrimonio. Por un lado, contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del *divorcio sanción* (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil), en la cual un cónyuge tiene legitimidad activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconvenzional. De otro lado, regula causales no inculpatorias de la separación de hecho y separación convencional, del sistema del *divorcio remedio* (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil), donde cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro.

El Código Civil peruano regula la indemnización del daño derivado del divorcio en los artículos 345-A y 351, dentro de los sistemas del decaimiento y disolución del matrimonio: *divorcio sanción* y *divorcio remedio*.

La indemnización del daño derivado del *divorcio sanción* está normada en el artículo 351, que señala: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral¹².”

Por otro lado, la indemnización del daño originado del *divorcio remedio* o por la causal de *separación de hecho*, que es una modalidad del citado sistema, está regulado en el segundo párrafo del artículo 345-A, que señala: “El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.”

En este capítulo analizaremos la indemnización derivada del *divorcio sanción*; a partir de ello, haremos un estudio comparativo con la indemnización del daño en el *divorcio remedio*, el mismo que será materia de estudio en el próximo capítulo.

2. LA INMUNIDAD FAMILIAR

La responsabilidad civil en las relaciones maritales resulta complicada debido a la naturaleza de estas uniones, que suelen generar vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas

¹² Este precepto reproduce el artículo 264 Código Civil de 1936, que señalaba: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente, el Juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación del daño moral”.

entre las partes afectadas. Por ello, la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar. Esta tendencia se justificaba en la medida de que la familia era de tipo patriarcal, donde el padre y el marido ostentaban la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima.

La doctrina de la *inmunidad familiar* tuvo mucho eco en el Derecho anglosajón. Se partió del relato del texto del Génesis, 2.24: “Y vendrán los dos a ser la misma carne”. Se entendió que el principal efecto del matrimonio era la fusión de las personalidades del hombre y la mujer. El jurista inglés del Siglo XVIII, BLACKSTONE, citado por ROMERO (2009: 35), señala:

[...] Por el matrimonio, el marido y la mujer son una única persona en el derecho. Así, el ser o la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio o, al menos, se incorpora y consolida en el del marido; bajo su ala, su protección y su cobertura, ella lo realiza todo y por tanto es llamada en nuestro derecho *femina viro co-operta* [...], y su condición durante el matrimonio es llamada su cobertura. De la aplicación de dicho principio de la unión de las personas del marido y la mujer, dependen casi todos los derechos legales, deberes e incompatibilidades que cada uno de ellos adquiere durante el matrimonio.

En el *common law*, no existía *torts* entre marido y mujer. PROSSER, citado por ROMERO (2009:36), estimó “que ningún cónyuge podía interponer una acción contra el otro, por un *tort* personal u ocasionado a su propiedad, tanto si se había cometido antes o durante el matrimonio”. Más adelante señala:

[...] esta acción no podía tampoco interponerse después del divorcio, que llegó al Derecho inglés más tarde, es decir, tras el establecimiento de estas reglas. La esposa recibía una protección limitada de acuerdo con las reglas del Derecho penal, la cual no admitió la teoría de la identidad de la personalidad,

excepto en aquellos delitos relativos a la propiedad, ni que algunos "torts" cometidos entre marido y mujer fueran considerados como causas de separación o de divorcio.

En el siglo XX, la *inmunidad familiar* dio un giro en la doctrina. En Estados Unidos, ya en 1910, el Juez HARLAM rechazó los argumentos que justificaban la impunidad entre marido y mujer. En la actualidad, la *Married Women's Act* admite la acción contra el otro cónyuge por los *torts* ocasionados, sea intencionalmente o por culpa.

En similar sentido se ha manifestado el Derecho en Inglaterra, donde la *inmunidad familiar* cayó en desuso y, finalmente, fue derogada por la *Law Reform (Husband and Wife)* en 1962, que reconoció a cada cónyuge legitimación para interponer acciones contra el otro como si no hubieran estado casados.

En la actualidad, tanto en el sistema del *common law* como en nuestro sistema la doctrina de la *inmunidad familiar* ha decaído, ello ante la tendencia de enaltecer los derechos individuales en el seno de la familia, lo cual se ha potenciado con la consolidación del liberalismo en las sociedades modernas. Así mismo, el modelo patriarcal decayó y se sustituyó por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges. A partir de la segunda mitad del Siglo XX empezó a destacarse la llamada *democratización de las relaciones familiares*. De este modo, en los últimos tiempos ha empezado a hablarse de la *responsabilidad civil familiar*, especialmente en la reclamación por un cónyuge al otro de los daños causados por una ruptura matrimonial particularmente afrentosa.

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

La indemnización del daño moral regulado por el artículo 351 del Código Civil peruano tiene sus antecedentes en el Código Civil griego, entrado en vigor en 1946; en el Código Civil suizo de 1911; y en el Código Civil francés.

El artículo 1453 del Código Civil griego señala: "Si el hecho que ha constituido la causa del divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del cónyuge no responsable, el Tribunal puede, en la sentencia de divorcio, obligar a la parte que sea única responsable a pagar a la parte no responsable una suma de dinero en razón del daño moral".

Por su parte, el artículo 351 del Código Civil suizo prescribe: "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral".

Finalmente, el artículo 266 del Código Civil francés señala: "Cuando el divorcio se pronuncia por la culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a una indemnización de daños y perjuicios en reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio ha hecho sufrir a su cónyuge. Este último sólo puede ejercitar la acción con ocasión de la acción de divorcio".

4. NATURALEZA JURÍDICA

Resulta importante determinar la naturaleza jurídica de la indemnización del daño derivado del *divorcio sanción*, si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual, ya que los efectos de ambos no son los mismos, ni tampoco lo son las normas aplicables.

La naturaleza de la indemnización del daño emanado del *divorcio sanción* depende de la naturaleza jurídica que se le atribuya al matrimonio.

Doctrinariamente se han esgrimido diversas interpretaciones en torno a la naturaleza del matrimonio, en las que se pueden observar, básicamente, dos direcciones distintas: La concepción del *matrimonio-contrato* y la del *matrimonio-institución*.

La concepción del *matrimonio-contrato*, se centra en la importancia del consentimiento para equiparar el matrimonio –aunque sin dejar de reconocer su relevancia - a la figura del contrato. Al respecto CORNEJO (1991, t. I: 60) señala: “Esta concepción, sin dejar de reconocer la importancia mucho mayor del casamiento respecto de los contratos en general, establece sin embargo que participa de todos los elementos esenciales de éstos, y que le es por tanto aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento”.

El matrimonio es importante para la sociedad. La voluntad individual por sí no puede tener vigencia absoluta. El Estado en nombre del interés público impone restricciones a la voluntad de los esposos. En ese entender, se ha cuestionado la teoría del *matrimonio como contrato*.

La concepción del *matrimonio como institución* parte de la idea de que si bien el consentimiento es la base del matrimonio válido, una vez establecido el matrimonio, queda también establecida entre las partes una relación que ellas no pueden cambiar. Al respecto CORNEJO (1991, t. I: 60-61) señala:

Se quiere expresar con este nombre que el matrimonio se gobierna por un conjunto orgánico e indivisible de normas que determinan las condiciones y requisitos, los deberes y derechos, las relaciones internas y exteriores de la sociedad conyugal, a las cuales deben someterse llanamente quienes deseen casarse. Los pretendientes son enteramente libres para consentir en el matrimonio y otorgar su adhesión a dichas normas, pero una vez celebrado el casamiento, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. La relación matrimonial no podrá, desde entonces, ser variada, interrumpida o concluida *ad libitum*, ni aun en el supuesto de que coincidan plenamente las voluntades de ambas partes; y ello diferencia irreductible y básicamente el matrimonio de los contratos.

Ambas concepciones, lejos de excluirse, se integran; si bien en un inicio resulta importante el consentimiento, pero por la importancia social que tiene el matrimonio, la voluntad de los contrayentes, tiene que someterse a las normas del Derecho, el mismo que es imperativo e ineludible. En ese entender, los alineamos al *matrimonio como institución*.

Dentro de ese contexto, sostenemos que la indemnización del daño derivado del *divorcio sanción* le son aplicables las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. No es posible hablar de responsabilidad contractual, ya que en nuestro Derecho el matrimonio no es un contrato. En ese sentido, se pronuncia MEDINA (2008:74-75), cuando señala: “[...] las obligaciones matrimoniales son obligaciones legales, no son obligaciones libremente

convenidas por las partes, por lo tanto resulta imposible la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual”.

5. TESIS SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO

5.1. TESIS POSITIVAS

Entre los muchos autores que la respaldan la tesis positiva para la indemnización del daño podemos citar a Salas, Acuña Anzorena, Colombo, Spota, Belluscio, Guastavino, López del Carril, Mazzinghi, D’Antonio, Bustamente y Mosset Iturraspe.

Para SALAS, citado por BARBERO (1977:198-199), resulta indudable que el divorcio puede engendrar perjuicios materiales y morales graves para el cónyuge inocente. De igual forma, considera que “el más somero examen de las causales de divorcio pone de manifiesto que, además de la violación de un deber legal, existe un autor consciente y responsable, por lo que si ocasiona un daño, ingresa en el concepto de acto ilícito”.

COLOMBO, al aceptar la procedencia de una indemnización, señala que no se trata de convertir el deshonor en dinero, sino de enmendar la ofensa producida y de suprimir los efectos de la antijuricidad. No es cuestión de lucro, sino de reparación, y pese a ser verdad que puede intentarse lucrar con la desgracia, lo mismo puede ocurrir en todos aquellos casos en los que se solicita un resarcimiento por daños (BARBERO 1977:200-202).

SPOTA no ampara la existencia de una contradicción entre la pretensión resarcitoria y la regla moral. Afirma que no hay ninguna limitación legal a la

responsabilidad aquiliana, y si hay daño material o el daño moral adviene, no se puede negar la posibilidad de su reparación (BARBERO 1977:206-207; NOVELLINO 2000:61).

Por su parte, MOSSET ITURRASPE sustenta su posición aduciendo que aunque el dinero no puede borrar el daño causado, y menos si se han lesionado las legítimas afecciones, servirá – en alguna medida – para compensar el menoscabo padecido. En todo caso, el afán de lucro, que tanto critican los que apoyan la tesis negativa, se combate con la exigencia de la prueba del daño cierto (BARBERO 1977:209-210; BOERO 2000: 315-316; NOVELLINO 2000: 64-65).

ACUÑA ANZORENA sostiene categóricamente que la consumación (la del adulterio) faculta al esposo inocente a ejercitar una acción resarcitoria contra sus autores (cónyuge culpable y cómplice) por los daños materiales y morales que el mismo le hubiese producido (NOVELINO 2000:48).

AUGUSTO C. BELLUSCIO también se pronuncia en forma afirmativa con relación a la procedencia de la indemnización. Para este autor los hechos que pueden dar lugar al divorcio son hechos ilícitos, sea por violar obligaciones derivadas del matrimonio, o bien por la propia circunstancia de que dan lugar a la sanción civil del divorcio. Considera que si, además de configurar causal de divorcio, ocasionan un daño al otro cónyuge, dan nacimiento a la obligación de repararlo, sin que haya algo de inmoral en esa reparación, pues no persigue un beneficio sino un resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable (BOERO 2000: 313-314).

Replicando a BORDA, afirma que ninguna consideración de orden moral puede dar lugar a apartarse de la aplicación de principios tan precisos, ya que nada hay de inmoral en la reparación de los daños y perjuicios emergentes del divorcio o de los hechos que le dan lugar. Hace notar que no se trata de que el cónyuge inocente obtenga un beneficio, sino de que sea resarcido de los perjuicios ocasionados por la conducta dolosa del otro esposo, evitando así que el divorcio se convierta en un hecho dañoso y la eventual alternativa entre verse perjudicado patrimonialmente o tener que renunciar a la defensa del honor mancillado por el cónyuge que hace caso omiso de las obligaciones que el matrimonio comporta (BARBERO 1977:203-204).

GUASTAVINO también se muestra partidario de la tesis positiva, al incluir, entre los efectos inconstantes de carácter patrimonial del divorcio, la responsabilidad por daños y perjuicios (BARBERO 1977:205-206; NOVELLINO 2000:60).

LÓPEZ DEL CARRIL igualmente está a favor de la indemnización del daño derivado del divorcio. Sostiene que el cónyuge inocente tiene una acción resarcitoria por los daños materiales y morales que le ha causado la violación de los deberes jurídicos y que resultan de las causales del divorcio y hasta la sentencia de divorcio; y otra reparación de los daños y perjuicios causados por los mismos hechos constitutivos de las causales de divorcio, pero en su proyección desde la sentencia de divorcio en adelante y con respecto a la situación y estado que le crea en su vida posterior la actitud ilícita del esposo culpable (BARBERO 1977:208-209).

Para LÓPEZ DEL CARRIL no se presenta únicamente el problema en los casos de adulterio, sino en todas las restantes causales de divorcio que también pueden producir daños, advirtiendo que si bien no honra al cónyuge inocente cobrar dinero por una lesión de este tipo, máxime de parte del adúltero, es necesario aplicar una sanción al culpable en tanto y en cuanto el desvinculo matrimonial suele acarrear más perjuicio a quien no lo provocó que al otro (NOVELLINO 2000:63).

JORGE ADOLFO MAZZINGH también no vacila en enrolarse en la tesis positiva. Señala que si bien la declaración del divorcio por su culpa es la sanción que procede aplicar al cónyuge que se sustrae al cumplimiento de los deberes matrimoniales, eso no basta. El hecho ilícito que constituye el apartamiento de esos deberes puede generar la obligación, a cargo del culpable, de reparar los daños y perjuicios inferidos a la víctima con su conducta (BARBERO 1977:209).

MAZZINGH dice no impresionarle la argumentación de la tesis negativa basada en la presunta inmoralidad de esta pretensión por parte del cónyuge ofendido, ya que si media una conducta ilícita de la otra generadora de un daño, es un imperativo de justicia admitir la reclamación por la reparación de ese daño, tanto material como moral (BARBERO 1977:209; NOVELLINO 2000:64).

DANIEL HUGO D'ANTONIO igualmente se muestra partidario de la indemnización del daño derivado de las causales del divorcio. Se pliega decididamente a la tesis positiva, afirmando que "quien con su conducta determina la separación del matrimonio y la disgregación de la familia irroga un

perjuicio susceptible de ser mensurado y, consiguientemente, reparado en los sentidos y con los alcances que en derecho puede ello hacerse”. Agrega destacando el carácter disuasivo que puedan alcanzar las acciones por daños y perjuicios contra el cónyuge culpable (BARBERO 1977:211; NOVELLINO 2000:66).

JORGE BUSTAMANTE ALSINA del mismo modo, es partidario de este tipo de indemnización. Afirma: “[...] las causales del divorcio son actos ilícitos o antijurídicos – pues son violatorios de los deberes legales que impone el matrimonio –, presupuesto de la responsabilidad civil si de ellas resultan perjuicios que ocasionan la culpa de un cónyuge al otro inocente” (BOERO 2000:314).

5.2. TESIS NEGATIVAS

Como su nombre lo indica, esta posición no admite la indemnización del daño derivado del divorcio. Entre los autores que la respaldan podemos nombrar a Bibiloni, Borda, Llambías y Borgonovo.

BIBILONI usando como ejemplo la causal de adulterio sostiene que la acción del daño derivado del divorcio genera una especie de repulsión instintiva. La conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos (BARBERO 1977:212).

LLAMBÍAS se pronuncia por la tesis negativa. Sostiene como inaplicable el sistema de sanciones resarcitorias propias de las obligaciones a los deberes de contenido extrapatrimonial, como el de la fidelidad. Para el tratadista argentino, los deberes entre los esposos no son susceptibles de valoración

económica y, por lo mismo, no son susceptibles de ser resarcidos por la vía de la responsabilidad civil, pues se trata de deberes morales (NOVELLINO 2000: 42-43).

Para LLAMBÍAS, la prestación constitutiva del objeto de la obligación siempre ha de ser patrimonial, o sea, susceptible de apreciación pecuniaria. Si aquello que alguien debiera cumplir a favor de otro no tuviese significación patrimonial, no se trataría de una obligación *stricto sensu*, por ejemplo, el deber de fidelidad o de asistencia entre los esposos, el deber de criar y educar a los hijos (BARBERO 1977:213-214).

OSTERLING y CASTILLO (2003) refutan esta posición señalando:

[...] no negamos que el contenido de los deberes conyugales es extrapatrimonial y que, por lo mismo, no se trata de obligaciones civiles. Es más, en el Tomo I de nuestro Tratado de las Obligaciones, ya nos hemos referido a este tema al señalar que los deberes familiares denotan la ausencia del elemento patrimonial y la preponderancia de los principios de orden moral. No obstante, ello no implica que no se pueda hablar de responsabilidad civil en los supuestos en los que el incumplimiento de estos deberes reconocidos por Ley, traiga consigo la producción de un daño.

BORDA también se opone a la posibilidad de indemnizar los daños derivados del divorcio. Plantea que el pretender lucrar, en el caso de la infidelidad, con la deshora, es contrario a las buenas costumbres y a la moral (OSTERLING y CASTILLO 2003).

Si bien admite que es verdad que el adulterio es un hecho ilícito y que el marido engañado pudo haber sufrido daños con motivo de este acto, la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonra, es contraria a la moral y las

buenas costumbres y no puede ser acogida por los Tribunales. Además, la admisión de la acción en este caso, lleva de la mano a esta otra consecuencia: que cualquiera que sea el motivo del divorcio, el cónyuge inocente podrá reclamar del culpable los daños y perjuicios, porque toda causal de divorcio constituye un hecho ilícito, como lo ha declarado la Corte de Casación francesa; en cambio, nuestros Tribunales jamás han acogido demandas de esta naturaleza (BARBERO 1977:213).

BORGONOVO (2003:50-51) se adhiere a la tesis negativa de la indemnización del daño derivado del divorcio. Sostiene su posición argumentando:

[...] que todo hombre y mujer es una sucesión de aciertos y errores, triunfos y fracasos, y consecuentemente cuando el fracaso es de la pareja, no hay relación causal que amerite la reparación de daños, y hay una responsabilidad compartida. Se trata de un simple hecho de la vida, lo que impide su juzgamiento desde la perspectiva de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica, que pueda resultar atributiva de culpa o dolo, lo que impide que pueda siquiera hablarse de la existencia de uno de los elementos necesarios para la procedencia de la atribución de la responsabilidad extracontractual.

Se han esgrimido otros argumentos que niegan la indemnización del daño derivado del divorcio. La profesora argentina MEDINA (2008:56-61) indica las siguientes:

a) *Error de elección*. Se sostiene que quienes se casan piensan que los deberes derivados del matrimonio serán cumplidos por el otro cónyuge y que si esto no se logra se deberá soportar el fracaso.

b) *Disminución de los matrimonios.* Se ha señalado que la posibilidad de la reparación del daño va a implicar una disminución de la tasa de matrimonio.

c) *Hay daños que deben quedar sin reparación.* Como ejemplo se cita el dolor por la traición de un amigo.

d) *El posible aumento de la litigiosidad contradictoria.* Se afirma que el otorgamiento de una indemnización a favor del cónyuge inocente es un incentivo a la repotenciación de los procesos contradictorios, y se frustra la posible solución del conflicto matrimonial.

e) *Dificultad de la determinación de la culpa en el divorcio.* Se sostiene que en el divorcio es muy difícil determinar la culpa y la inocencia, ya que generalmente los dos consortes contribuyen al fracaso matrimonial.

5.3. TESIS INTERMEDIA

SANTOS CIFUENTES sostiene que los hechos que deriven del divorcio pueden ser indemnizados si la fuerza dañadora es *muy punzante* en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico. Como pauta de orientación señala que debe tomarse en cuenta “la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepase la mera relación matrimonial” (BOERO 2000:322).

CIFUENTES admite la posibilidad de indemnizar los daños que deriven del divorcio, siempre y cuando, tuvieran una *fuerza dañadora muy punzante*. Tales casos se darían, por ejemplo, cuando se endilgaran en público inmoralidades muy bajas; en el adulterio desembozado, manifestado de modo

que se produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves, hospitalizaciones, incapacidades, etcétera. En esos supuestos —o similares— se habría sobrepasado la protección que consagran las normas matrimoniales con relación a los derechos del cónyuge inocente (COLOMBO 2010).

6. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y FILOSÓFICA

Habiendo estudiado las distintas posiciones doctrinarias existentes respecto de la indemnización del daño en el *divorcio sanción*, corresponde analizar su fundamento jurídico y filosófico.

La conducta del cónyuge causante del divorcio afecta al cónyuge inocente. En ese entender, sostenemos que la acción del *cónyuge culpable* supone una infracción a los derechos fundamentales del *cónyuge inocente*. La indemnización del daño en el *divorcio sanción* tiene su fundamento en la protección de los *derechos fundamentales* de la persona; en este caso, del *cónyuge inocente*.

LÓPEZ (2010:32) se adhiere a esta posición al sostener: “[...] toda actuación por parte del cónyuge que suponga un atentado a los derechos fundamentales del otro origina el nacimiento de un derecho al resarcimiento del daño. Se trata de supuestos en los que se produce una lesión a los valores de la personalidad garantizados por la Constitución, y respecto a los cuales el sistema especial de separación o divorcio no alcanza a proteger”.

El artículo 1º de la Constitución Política del Perú señala. “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

La Carta Magna, en su artículo 2 enumera los derechos fundamentales de la persona humana, dentro de los cuales destaca: derecho a la vida; derecho a la integridad moral, psíquica y física; derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1); derecho al honor y a la buena reputación (inciso 7); derecho a la libertad y a la seguridad personales, por lo que, nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física (inciso 24, acápite h).

Consideramos que la indemnización del daño encuentra su fundamento en los *derechos fundamentales* mencionados. La Constitución Política protege la integridad moral, psíquica y física de la persona humana.

Los derechos fundamentales están reconocidos y positivizados en una Constitución escrita, y cuyo enfoque es nacional o interno, y no supranacional. Mientras que la categoría de Derechos Humanos se emplea desde el ámbito internacional, mediante documentos tales como los convenios, los pactos, los protocolos, los tratados y las convenciones; por lo que, éstas tienen un enfoque supranacional (PALOMINO 2000:48).

Habiendo sostenido la tesis de que la indemnización del daño en el *divorcio sanción* se fundamenta en los *derechos fundamentales* de la persona humana. Ahora nos toca precisar en qué se fundamenta los derechos fundamentales, también conocido como los Derechos Humanos. Existen tres grandes tendencias que fundamentan, desde la filosofía, los Derechos

Humanos, también conocido como los derechos fundamentales: fundamento objetivista, subjetivista e intersubjetivista.

El fundamento *objetivista* se expresa en dos aspectos. El primero, referido a la ética material de los valores cuya fuente de inspiración es el movimiento fenomenológico, que surgió como intento de superar el riguroso formalismo atribuido a la Ley moral kantiana. Según este enfoque, el orden objetivo y jerárquico de valores no puede ser conocido a través de la razón, sino aprehendido por el sentimiento y la intuición de su evidencia. El segundo aspecto está referido al objetivismo ontológico cristiano, que nace con el propósito de recuperar el nexo entre el ser y el valor (PALOMINO 2000: 35).

El fundamento *subjetivista* apunta a la reivindicación del primado de la libertad individual como fundamento de los valores ético-políticos. Es una suerte de salvación del ser humano, del ser individual, dirigida según Karl Popper, a la defensa de la sociedad democrática, abierta y pluralista (PALOMINO 2000:35).

El fundamento *intersubjetivista* se empeña en concebir los Derechos Humanos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresar necesidades históricas y sociales compartidas permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación (PALOMINO 2000:35).

Existen otras fundamentaciones de los Derechos Humanos: fundamentación *iusnaturalista*, historicista y ética o axiológica.

La fundamentación *iusnaturalista* consiste en la consideración de los Derechos Humanos como derechos naturales. Según la corriente iusnaturalista la *Ley natural* se origina en lo justo por naturaleza, es universal e inmutable; en tanto que la *Ley positiva* nace de la voluntad del legislador y debe ser la expresión de la *Ley natural*. El *iusnaturalismo* admite la distinción entre el Derecho natural y Derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.

Dentro de esta corriente el origen de los Derechos Humanos no es el Derecho positivo, sino el orden jurídico natural; éstos derechos son la expresión y participación de la naturaleza humana común y universal para los hombres; y que los Derechos Humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el Derecho positivo.

Sostenemos que la indemnización del daño derivado del divorcio se fundamenta en la corriente *iusnaturalista*. El no causar daño a los demás es uno de los principios fundamentales de la convivencia humana. En todas las religiones se ha elevado como norma cardinal: “No dañarás a tu prójimo; no hagas a otro lo que no quieres que a ti de hagan”. Estos principios son anteriores al Derecho Positivo.

La fundamentación *historicista* considera a los Derechos Humanos como derechos históricos. El *historicismo* es una Escuela Filosófica del Derecho, llamada con más propiedad *Escuela Histórica del Derecho*. Según esta corriente a la razón – o al Derecho Natural – se opone la historia. Los Derechos Humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto

histórico que tiene el hombre y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad.

Finalmente, tenemos la fundamentación *ética o axiológica*. Esta corriente considera a los Derechos Humanos como derechos morales; relaciona los Derechos Humanos con los valores de la dignidad humana y con los derechos llamados *morales*. Sostiene que el origen y fundamento de los Derechos Humanos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico.

7. EXTENSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

La siguiente otra cuestión fundamental es determinar si se debe indemnizar el daño ocasionado por las causales del divorcio o el daño causado por el divorcio en sí.

En doctrina existe consenso de que debe indemnizarse el daño generado por la conducta antijurídica que originó el divorcio. Sin embargo, situación distinta se presenta respecto a la posibilidad de reparar el daño que ocasiona el divorcio en sí mismo (angustia, sufrimiento, dolor que sufre el inocente a consecuencia del divorcio). Al respecto MEDINA (2008:69) señala:

Consideramos que las secuelas del divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los cónyuges, como por ejemplo frustrar todo un proyecto de vida sustentado en el matrimonio y en la familia unida; perder la compañía y asistencia espiritual del cónyuge; verse privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa.

Un importante sector de la doctrina sostiene que los daños derivados del divorcio en sí no son susceptibles de resarcimiento, por la naturaleza especialísima de las relaciones familiares. Por otro lado, se argumenta que “[...] el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial” (MEDINA 2008:70).

En ese mismo sentido, CORBO (2010) afirma que para la doctrina predominante “el divorcio en sí mismo no es un hecho ilícito; no hace nacer por sí solo la obligación de resarcir daños; son los hechos ilícitos en que se funda el divorcio, los que pueden generar la obligación de resarcir como consecuencia de la responsabilidad civil que de ellos surja”.

Para la otra corriente doctrinaria, deben repararse ambas clases de daños, pues si bien en algunos casos el perjuicio deriva directamente del hecho o hechos que dan lugar al divorcio, en otros será de mayor entidad el engendrado por el divorcio en sí, agregando que la circunstancia de que en tales casos el hecho dañoso sea causa indirecta del perjuicio, no excluye la obligación de reparar (CORBO 2010).

Nosotros sostenemos que en la indemnización del daño en el *divorcio sanción* deben indemnizarse los daños derivados de los hechos constitutivos del divorcio, más no así los perjuicios ocasionados del divorcio en sí. Dicha posición tiene su fundamento jurídico en el artículo 351 del Código Civil, según el cual el supuesto de hecho para indemnizar el divorcio *son las conductas que han determinado el divorcio*, con lo cual se alude a las causales del divorcio.

8. PRESUPUESTOS PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO SANCIÓN

No todo daño sufrido por el divorcio da origen, por su sola existencia, a la procedencia de reparación, sino que deben configurarse los presupuestos exigidos por la responsabilidad civil extracontractual: conducta antijurídica, relación de causalidad, factor de atribución y, obviamente, el daño.

Sobre el particular, GHERSI (2002:160) señala que deben constatarse los elementos comunes. En este supuesto implica un acto del marido o la mujer (verbigracia: mantener relaciones sexuales en los términos del adulterio); daño, es decir el menoscabo personal, directo y actual al otro cónyuge (en la esfera de los sentimientos), y la relación de causalidad entre el hecho humano y el daño al otro cónyuge en sus sentimientos.

GHERSI (2002: 160-161) agrega que junto con estos elementos comunes tienen que ser constatados los específicos: la antijuridicidad (que aparece con la violación de la obligación de fidelidad, en el caso de adulterio); la imputabilidad (es decir, la realización del acto del adulterio con plena conciencia, donde se reúnen los elementos del acto voluntario – discernimiento, intención y libertad, más la expresión o manifestación externa -, sin que opere ninguno de los eximentes especialmente la pérdida transitoria del estado de conciencia), y, por último, la culpabilidad (es decir, el reproche social del adulterio como calificación del acto antijurídico) a título de culpa.

8.1. ANTIJURICIDAD

Los hechos que constituyen causales de divorcio comprenden una variedad de comportamientos que, en su complejidad, conllevan las notas que definen conductas incompatibles con la vida comunitaria del matrimonio (BUSTAMANTE 1991:765).

Los hechos constitutivos de las causales de divorcio son acciones antijurídicas, ya que constituyen violaciones a deberes jurídicos legalmente establecidos y libremente asumidos.

Si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de divorcio, está cometiendo un hecho ilícito, porque viola deberes derivados del matrimonio que son susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio. Pero si este ilícito además causa un daño objetivamente cierto a la persona del inocente, no existe impedimento alguno para penetrar en el campo *aquiliano* y disponer que el cónyuge culpable indemnice al cónyuge inocente.

El artículo 351 del Código Civil señala: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

Del contenido del citado precepto legal, se aprecia que los hechos constitutivos que dan lugar a indemnización son las causales del divorcio, los que ampliamente hemos estudiado en el Capítulo II de la presente Tesis.

8.2. DAÑO

Otro elemento que no puede estar ausente es la existencia de un daño que derive de la conducta antijurídica del agente causante.

Es necesario que las causales del divorcio en que incurrió el cónyuge culpable hayan irrogado un perjuicio al cónyuge no culpable, para que éste pueda perseguir su reparación. Según el artículo 351 del Código Civil se tratará del daño moral, el cual deberá ser probado, por quien lo invoca.

Según BUSTAMANTE (1991: 766), además del daño moral, se pueden configurar también perjuicios patrimoniales indirectos resultantes de un lucro cesante en la actividad del esposo inocente, desalentado y hasta desacreditado en su vida de relación. También puede hablarse del daño emergente que eventualmente produciría la necesidad de un tratamiento médico para la recuperación de su personalidad psíquica si ella resultare alterada.

8.3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Este requisito se refiere a que entre el hecho ilícito y el daño sufrido por la víctima exista una relación de causa a efecto, es decir, que el daño haya sido ocasionado por el hecho ilícito de dicha persona.

Si no concurre esta relación de causalidad, si el daño experimentado por la víctima no es el resultado de la conducta cometido por el supuesto responsable, sino por el efecto de otras circunstancias, éste último no puede ser obligado a indemnizar.

Sostenemos que respecto a este presupuesto debe aplicarse la teoría de la *causa adecuada*, que hemos estudiado anteriormente en la teoría de la responsabilidad civil. En ese entender, el Juez debe calificar el juicio acerca de la idoneidad o no de la acción del cónyuge culpable para producir el daño que reclama el inocente.

Sobre este tema, MEDINA (2008:78) señala: “El juicio se hace, entonces, en abstracto y consiste en un juicio de probabilidad: causa del daño del divorcio es, entonces, únicamente la condición que normalmente, según el curso ordinario y natural de las cosas, es idónea para producir el resultado dañoso”.

La interrupción del nexo causal excluye la responsabilidad del cónyuge; por regla general interrumpen la relación causal el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero; temas que hemos estudiado con profundidad en el Capítulo III de la presente Tesis.

8.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

La conducta antijurídica que ha desencadenado el daño ha de ser imputable a su autor.

El factor de atribución es subjetivo, por la naturaleza de las relaciones matrimoniales y, en general, de todo el Derecho de Familia. En ese sentido, coincidimos OSTERLING y CASTILLO (2003), cuando señalan que es de aplicación el artículo 1969 del Código Civil.

MOSSET ITURRASPE, citado por MEDINA (2008: 83-84), no sólo excluye la responsabilidad objetiva sino que, además excluye la subjetiva por culpa; admitiendo de esa manera sólo el dolo como factor de atribución de la responsabilidad. Afirma que las causas que llevan al divorcio “son comportamientos queridos por su autor, son estrictamente hechos dolosos y no culposos, son acciones u omisiones que persiguen un resultado, a sabiendas y con intención. Quien viola los deberes conyugales – agrega - lo hace queriendo, quiere el hecho injurioso”.

Un problema adicional que se plantea en el tema, es el caso del divorcio decretado por culpa de ambos cónyuges. El inconveniente radica en cómo debe efectuarse la distribución de responsabilidades en función de las cuales se fijaran los montos indemnizatorios.

Si aplicáramos los principios generales de responsabilidad civil se podrían establecer proporciones en la concurrencia de culpas y diferenciar los respectivos daños sufridos, para determinar los créditos recíprocos.

El artículo 1983 del Código Civil señala: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al Juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

Un sector de la doctrina entiende que la reparación por daños no se puede otorgar cuando el divorcio se ha decretado por culpa de ambos

cónyuges. Se ha afirmado que la legitimación para solicitar la reparación del daño moral ocasionado como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, la posee solamente el cónyuge que no dio causa al divorcio, es decir, el inocente. Por lo que, al tratarse de un supuesto de culpa de ambas partes, tal reparación no puede tener cabida. Los defensores de esta tesis se basan en la idea de que las culpas se compensan o se anulan recíprocamente (MEDINA 2008:85).

Otro sector de la doctrina señala que debe efectuarse la distribución de responsabilidades, en función de las cuales se fijarán los montos indemnizatorios.

Para ORGAZ, citado por CORBO (2010), las culpas deben distribuirse en la medida en que cada actividad culposa ha concurrido a producir el daño; pero este autor reconoce las dificultades prácticas para medir las respectivas culpas.

Nosotros pensamos que la culpa de ambos cónyuges no neutraliza la responsabilidad, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro. MEDINA (2008:85-86) se suma a esta posición cuando señala:

La postura de quienes sostienen la compensación de culpas nos parece injusta, ya que si un cónyuge es culpable del divorcio por lesionar al otro, por ejemplo le produce la pérdida de un ojo a causa de un golpe, mientras que el otro esposo es culpable por injurias, no parece adecuado que el tuerto deba quedar sin ser indemnizado del daño que ha sufrido en su integridad física porque sea culpable de haber injuriado al otro cónyuge.

9. DAÑO MORAL

9.1. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

La doctrina ha conceptualizado el daño moral como el dolor, sufrimiento o padecimiento psíquico que una persona sufre como consecuencia del daño.

DE RUGGIERO, citado por ROMERO (2009:43), define el daño moral como “la perturbación injusta en el estado de ánimo de una persona”.

TABOADA (2001:58) define el daño moral como “la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima”.

Por su parte, BUSTAMANTE (1989: 208) define al daño moral “como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”.

Según se aprecia, el daño moral ha sido definido como la lesión en los sentimientos que determina dolor en la víctima. Por su naturaleza no es susceptible de apreciación pecuniaria, es decir, no puede medirse en dinero y consecuentemente repararse en dinero. Por ejemplo, la muerte de un ser querido causa dolor y angustia, la misma que no es definible en su verdadera magnitud ni mucho menos tasable; son aspectos íntimos, vinculados a la parte sentimental y emocional de una persona. Se ha calificado, para su mejor comprensión, con el distintivo *pretium doloris*, o precio del dolor.

El daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado “*socialmente digno y legítimo*”, como afirma TABOADA (2001:58). Verbigracia: una mujer casada no puede demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años.

9.2. DAÑO MORAL OBJETIVADO Y DAÑO MORAL SUBJETIVADO

Autorizada doctrina colombiana clasifica el daño moral en *daños morales objetivados* y *daños morales subjetivados*. MARTÍNEZ (1998:170) entiende por daños morales objetivados:

[...] aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas, de las angustias o trastornos psíquicos que se sufren como consecuencia de un hecho dañoso. O sea, que los impactos sentimentales, afectivos, emocionales, no solo tienen implicancias en el campo subjetivo o interno, sino que también alcanzan el plano externo o de la productividad. El ejemplo típico es el vendedor que sufre una cicatriz en la cara y que como consecuencia de ese daño, pierde agresividad en las ventas y su complejo le impide desplegar sus anteriores facilidades, circunstancia que se traduce en una baja notoria en las ventas. Se observa allí como ese complejo, factor subjetivo interno, se traduce en el campo de la productividad [...].

El daño moral objetivado que los autores colombianos desarrollan se refiere a aquél daño que no se limita a un menoscabo en la esfera interna del sujeto (en los sentimientos del sujeto), sino a los efectos que éstos producen en la esfera de la productividad.

Para MARTÍNEZ (1998: 171) por daños morales subjetivos o *pretium doloris* debe entenderse “a aquellos que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, emocionales, que originan angustias, dolores internos,

psíquicos, que lógicamente no son fáciles de describir, de definir y de evaluar” (MARTÍNEZ 1998:171).

9.3. TEORÍAS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

9.3.1. TEORÍA RESARCITORIA

Esta teoría ha sido defendida por MAZEAUD, PLANIOL, COLIN-CAPITANT, LAFAILLE, SALVAT y ORGAZ.

Para esta teoría, la indemnización del daño moral tiene carácter resarcitorio. En tal sentido, deben aplicarse los mismos principios de la responsabilidad civil que la Ley dispone para la reparación del daño patrimonial, puesto que el daño moral sería una especie del género daño. Al respecto BUSTAMANTE (1989:208) señala: “La mayoría de la doctrina afirma que la reparación del daño moral no difiere de la reparación del daño material, pues que aquél como éste no son sino especies del daño; por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria”.

Los partidarios de la tesis del resarcimiento sostienen que en la reparación del daño moral, estaríamos frente a la *función satisfactoria* del dinero, permitiéndole a la víctima procurarse goces espirituales, de esparcimiento y de cultura, que subsisten, o contribuyen a olvidar el dolor infligido.

Se afirma que el dolor, el sufrimiento, se sosiegan y eliminan con sentimientos contrapuestos de satisfacción. Un dolor puede compensarse y neutralizarse con una alegría (ROMERO 2009:45).

Esta teoría ha sido cuestionada, en la medida de que el dinero no puede borrar ni hacer desaparecer los sufrimientos. Al respecto BUSTAMANTE (1989: 208-209) afirma:

Esta teoría ha sido criticada en primer lugar porque si el daño moral es, por definición, insusceptible de apreciación pecuniaria, ¿cómo habría de resarcirse mediante una suma de dinero?, no habría equivalencia posible; en segundo lugar, porque poner precio al dolor o a los sentimientos íntimos, constituye una inmoralidad, una degradación de los valores que se quiere salvaguardar, y, finalmente porque resultaría siempre arbitraria la estimación de ese resarcimiento, pues no puede saberse cuánto vale un dolor, un padecimiento en los distintos supuestos.

Estas críticas han sido refutadas sosteniéndose que reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido; es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido. Se afirma que el dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función que en la indemnización de los daños materiales: en éstos cumple una función de equivalencia entre el daño y la reparación; en aquellos, en cambio, la función no es de equivalencia sino de compensación a quien ha sido herido en sus sentimientos. Finalmente, respecto a la arbitrariedad de la fijación de la reparación, se sostiene que la estimación del daño quedará al prudente arbitrio del Juez (BUSTAMANTE 1989: 209).

9.3.2. TEORÍA DE LA SANCIÓN EJEMPLAR O PENA CIVIL

Esta posición es defendida por DEMOGUE, RIPERT, LLAMBÍAS y ALTERINI.

Esta teoría sostiene que la reparación del daño moral no se halla en el *resarcimiento* de un daño patrimonial, ya que la víctima no ha sufrido ningún desmedro mensurable en dinero; pero, al mismo tiempo, no puede quedar impune el hecho ilícito por el cual se mortifica a la víctima causándole una injusta aflicción en su ánimo. En ese entender, como afirma LAMBÍAS, citado por BUSTAMANTE (1989:210), “la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión sino por el lado del ofensor: no constituye un “resarcimiento” sino una “pena civil” mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor”.

9.4. VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL

El gran problema del daño moral es su valuación económica. Medir el dolor, el sufrimiento que a una persona se ocasiona por algún daño es difícil, ya que la sensibilidad de cada persona y su capacidad de sufrir son absolutamente individuales, variando de unas personas a otras, en función del temperamento, carácter, personalidad, forma de ver la vida, etc. No es posible expresar en una suma de dinero el grado de sufrimiento. Ante la dificultad de determinar en términos pecuniarios un sentimiento, un dolor, se ha cuestionado la categoría del daño moral.

Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente. En ese sentido, CARNEIRO (2001:80) afirma: “Es difícil valorar y compensar un perjuicio en dinero cuando no se trata de sustituirlo o reparar una cosa. En ese caso, la mayor dificultad descansa en

apreciar el daño sufrido, corriendo el riesgo de proceder a una valuación injusta”.

Cada Juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación del daño moral. Definitivamente es una de las tareas más difíciles para el magistrado. En esa medida, los criterios para su estimación son siempre discrecionales.

ROMERO (2009:48) señala que el Juez debe tomar en consideración los siguientes criterios para efectuar la liquidación del daño moral:

a) El primer criterio responde a la idea de que la indemnización que se conceda proporcione al perjudicado las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido, aunque sea imposible determinar, en forma cuantitativa, los dolores y sufrimientos de la persona.

b) El segundo elemento de valoración es el hecho de que el Juez ha de tener en cuenta la condición económica de las partes y, muy en especial, de la persona perjudicada.

c) En tercer lugar, debe atenderse a la mayor o menor gravedad de la culpa, y finalmente tomar en consideración la gravedad del daño causado, la intensidad e importancia de los dolores padecidos y el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de esos daños.

El Juez en el momento de fijar el monto de la reparación del daño moral debe partir del principio de la *reparación integral*. Por otro lado, debe actuar con máxima *prudencia* y *equidad*. La valuación debe ser *in concreto*.

Finalmente, estamos de acuerdo con LE ROY, citado por CARNEIRO (2001:82), quién destaca que debe tomarse en cuenta dos elementos para determinar el dolor, en la indemnización del daño moral: 1) Su intensidad; y, 2) Su duración.

9.5. PRUEBA DEL DAÑO MORAL

El perjuicio moral, esto es, el dolor o la aflicción debe probarse en el proceso, salvo en algunos casos en que la jurisprudencia ha considerado que se presume, como es el caso de muerte de familiares o parientes próximos, casos en los cuales no hay duda que la víctima tiene aflicción.

Una de las objeciones a la reparación del daño moral es, sin duda alguna, la dificultad de comprobar que se ha producido el daño, sobre todo si se piensa en la prueba de los sufrimientos y dolores.

DÍAZ, citado por ROMERO (2009:46), afirma: “[...] si todo dolor, o sufrimiento, causado injustamente diera lugar a indemnización, la responsabilidad por daño moral sería fuente de multitud de demandas de indemnizaciones arbitrarias y hasta ridículas”.

A pesar de los cuestionamientos se ha abierto paso a la indemnización del daño moral, tanto en el ámbito doctrinal como legislativamente. Sin embargo, como indica ROMERO (2009:47) “[...] La reparación de estos daños morales no puede ser absoluta o general, porque no todo sentimiento merece que se le conceda indemnización. Por ello, son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que, sin embargo, deben permanecer jurídicamente irrelevantes”.

La doctrina considera que para la indemnización del daño moral, el dolor experimentado por la víctima debe ser *intenso, real y profundo*, debiendo ser rechazados los casos superficiales.

Sin embargo, cabe precisar, que aún con los avances de la psicológica y la psiquiatría, resulta difícil establecer de manera objetiva el daño moral causado a la víctima, ya que ello está reservado a la intimidad del agraviado.

Concluimos señalando que el Juez debe fijar *prudencialmente* la indemnización del perjuicio, teniendo en cuenta la intensidad del daño.

9.6. LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA

Legitimada para exigir la reparación del daño moral es la persona que lo ha sufrido.

Legitimada pasivamente, es decir, obligada a la reparación de daño moral es, naturalmente, la persona que lo ha causado.

10. EL DAÑO RESARCIBLE EN EL DIVORCIO SANCIÓN

Una vez estudiado el daño moral, en este punto de la Tesis, analizaremos dicho perjuicio desde la perspectiva del *divorcio sanción*.

10.1. EL DAÑO MORAL EN EL DIVORCIO SANCIÓN

El Código Civil peruano, siguiendo a sus pares de Suiza y Grecia, considera de manera expresa, en el artículo 351, que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen el legítimo interés del cónyuge inocente, ello ameritará una indemnización por el daño moral.

Hemos indicado que el daño moral es la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce dolor, aflicción o sufrimiento.

El daño moral en el divorcio, es el derivado de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, los que han sido causados por la conducta del cónyuge declarado culpable, en perjuicio del cónyuge inocente.

En el divorcio, el daño moral puede configurarse por la soledad a que se vea constreñido el cónyuge inocente, por el demérito que pueda ocasionarle en la vida de relación la circunstancia de hallarse sola, por la eventual desconsideración que en algún medio social pueda aún existir hacia el divorciado, por ausencia de apoyo espiritual en la dirección del hogar y de los hijos, etc.

Finalmente, cabe indicar que la doctrina no solo ha admitido el daño moral sino que en la actualidad se comienza hablar del daño psicológico. Si bien este daño no está incluido en ningún texto de la legislación civil; sin embargo, corrientes modernas han emprendido su estudio. DARAY (2000:18) señala que en el daño psicológico el desequilibrio espiritual es de *carácter patológico*.

10.2. POSIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL EN EL DIVORCIO SANCIÓN

El Código Civil peruano, en el artículo 351, sólo prevé la posibilidad de reparar el daño moral; no ha regulado de que pueda indemnizarse el daño patrimonial.

Un sector de la doctrina nacional considera que debe indemnizarse el daño material (ARIAS-SCHREIBER 1997:301). Igualmente, CORNEJO (1991, t. I:366-367) se ha sumado a esta posición; argumentando que:

La Ley no menciona, sin razón suficiente en nuestro concepto, la posibilidad de reparación del daño material, que puede ocurrir sobre todo en los casos de sevicia, atentado contra la vida, abandono del hogar, uso de estupefacientes, enfermedad venérea grave y condena privativa de la libertad. Es verdad que algunas veces esa reparación puede conseguirse en la vía penal, y que el eventual derecho alimentario subsana el daño material (por lo que asume un cierto carácter indemnizatorio); pero no siempre es posible usar la vía penal, ni siempre que puede apelarse a ella desea hacerlo el ex-cónyuge, ni la pensión alimenticia se fija para cubrir directa y totalmente el daño material.

En la doctrina se admite la posibilidad de indemnizar los daños patrimoniales indirectos resultantes del lucro cesante en la actividad del esposo inocente, desalentado y hasta desacreditado en su vida de relación. También puede hablarse del daño emergente que eventualmente produciría la necesidad de un tratamiento médico, como consecuencia de la angustia, de la soledad y la crisis de la vida afectiva que le pudo haber generado al cónyuge inocente. En cuanto al perjuicio patrimonial, puede resultar de la disolución anticipada de la sociedad conyugal y de la necesidad de liquidar bienes para hacer efectiva la partición de la comunidad patrimonial del matrimonio (BUSTAMANTE 1991:766).

10.3. APRECIACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DIVORCIO SANCIÓN

La apreciación del daño corresponderá al Juez, teniendo en cuenta la regla del artículo 1984 del Código Civil, que señala: "El daño moral es

indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

El alcance de la intensidad del daño moral deberá ser apreciado y evaluado por el Juez en cada caso concreto, según a las circunstancias que lo rodean para fijar el *quantum indemnizatorio*. El Órgano Jurisdiccional fijará con distinto criterio la indemnización en el caso de un adulterio público y notorio que coloca al cónyuge inocente en una posición social casi humillante, que el de injurias inferidas sin mayor trascendencia pública.

10.4. MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DIVORCIO SANCIÓN

El monto de la indemnización será fijado por el Juez, de acuerdo a la intensidad del daño y las circunstancias concretas de cada caso.

Sobre el monto de la indemnización que se entregue a la víctima a título de reparación, debe precisarse que ésta no está destinado a *reponer las cosas a su estado anterior* ni a eliminar el dolor o el sufrimiento. El dinero es sólo instrumental, representa el medio que permite a la víctima hallar, a través de su inversión, una determinada y hasta simbólica compensación del daño; es decir, tiene como fin encontrar cierto tipo de satisfacción espiritual.

10.5. PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN EL DIVORCIO SANCIÓN

Las conductas del cónyuge que propició la causal son cuestiones de hechos, sujetos a probanza y a la apreciación del Juez. En ese entender, caso por caso deberán analizarse los hechos que determinaron el divorcio y que

puedan ser considerados como causa de daño resarcible al haber afectado gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. Sólo serán resarcibles aquellos hechos que hayan menoscabado los derechos del cónyuge inocente.

La indemnización del daño moral al cónyuge inocente, como indica BUSTAMANTE 2003: 615), “solo resultará amparable cuando exista daño moral resarcible producto del menoscabo de los intereses jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derechos de la personalidad, ocasionados por las acciones o conductas atribuibles al cónyuge culpable del divorcio”.

Para la procedencia de la indemnización del daño moral se requiere no sólo la prueba de los actos ilícitos que constituyen la causal del divorcio, sino también, como indica MEDINA (2008: 91), “[...] la demostración de sus consecuencias o repercusiones, en términos de privación de goce de bienes tales como la paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad física, honor y los más sagrados afectos”.

Se debe precisar que la falta de amor o la pérdida del vínculo afectivo no da lugar a indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio. Sólo deben indemnizarse conductas que impliquen auténticos agravios al cónyuge inocente, es decir, como refiere MEDINA (2008: 91-92), “[...] cuando se lesionan bienes extrapatrimoniales tales como el derecho al bienestar, a obtener respeto de los familiares, derecho al honor [...]”.

10.6. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DIVORCIO SANCIÓN

De la interpretación del artículo 351 del Código Civil se tiene que solo el cónyuge *inocente* se encuentra legitimado para solicitar la indemnización por daño moral.

La doctrina argentina también ha señalado que es el *cónyuge inocente* el que tiene legitimidad activa para solicitar la indemnización; en tanto que el legitimado pasivo, es el *cónyuge culpable*, y eventualmente su cómplice (MEDINA 2008:75).

Por consiguiente, solo el cónyuge que no dio causa al divorcio goza de la legitimación para reclamar daños y perjuicios, de ser ambos declarados *culpables*, ninguno la tendrá ni podrá reclamar del otro porque estaría pretendiendo obtener un resarcimiento de una situación a la que coadyuvó con su propia conducta culpable.

Entendemos que los hijos carecen de legitimación para reclamar contra el cónyuge culpable la reparación de los daños sufridos por la conducta de éste.

Finalmente, cabe precisar que la inocencia es condición *sine qua non* para reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por la violación de los deberes matrimoniales. No procede la indemnización si ambos cónyuges son culpables del desquiciamiento matrimonial.

11. CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO SANCIÓN

Luego de haber analizado el daño moral derivado del *divorcio sanción* en nuestra legislación, corresponde estudiar los criterios que la Corte Suprema ha establecido sobre el tema.

No existen muchos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la cuestión; en los pocos casos que le tocó resolver analizó básicamente dos aspectos: cónyuge culpable y en qué casos procede la indemnización. Ambos aspectos resultan de suma importancia, para los efectos de la indemnización del daño en el *divorcio sanción*.

11.1. CÓNYUGE CULPABLE

La Corte Suprema en la Casación No. 836-96 del 30 de enero de 1998 ha establecido el siguiente criterio jurisprudencial:

[...] Cónyuge culpable o cónyuge divorciado por su culpa es aquel que con su conducta de manera deliberada, motivada o no, incurre en una de las causales previstas en la Ley sustantiva que da lugar a la declaración judicial del divorcio. Por consiguiente, el concepto culpa contenido en el artículo 352 del Código Civil no se refiere a la reprochabilidad que se hace al autor sobre su conducta, sino al solo hecho de que el cónyuge aparece como causante del divorcio previamente declarado por resolución judicial (GACETA JURÍDICA 2003:19).

Nosotros coincidimos con la tesis esgrimida por la Corte Suprema, en el sentido de que se denomina *cónyuge culpable* a la persona que incurrió en alguna de las causales del divorcio.

11.2. PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN

En la Casación No. 373-95, de fecha 21 julio de 1997, la Corte Suprema ha establecido que para que proceda la indemnización del daño moral debe acreditarse que los “hechos que han originado la disolución del matrimonio hayan comprometido gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente”; en caso contrario, no procede indemnización (GACETA JURÍDICA 2003:19).

Por otro lado, la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación No. 1656-2006, de fecha 20 de noviembre del 2006, consideró que sólo estableciendo lo que se entiende por *legítimo interés personal del cónyuge* y los casos en que éste puede verse *comprometido gravemente*, el juzgador puede realizar válidamente la interpretación del artículo 351 del Código Civil.

En dicha Casación, la Corte Suprema advirtió que la Sentencia de Vista omitió precisar en su fallo qué se entiende por compromiso grave al legítimo interés personal del cónyuge y cómo es que éste se ha materializado en el caso concreto. La máxima instancia del Poder Judicial declaró fundado el recurso de Casación, nula la Sentencia de vista, disponiendo que el Colegiado Superior emita nuevo fallo conforme a Derecho.

Coincidimos con la tesis sostenida por la máxima instancia del Poder Judicial. El divorcio en sí mismo no puede dar lugar a la indemnización del daño. Es necesario evaluar la *magnitud del daño* y, por consiguiente, el *legítimo interés del cónyuge inocente*. Si los hechos que dieron lugar al divorcio

afectaron al otro cónyuge, procederá la indemnización; en caso contrario, debe denegarse.

11.3. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO SANCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La Corte Suprema de nuestro país no se ha pronunciado sobre si la indemnización del daño derivado del *divorcio sanción* debe analizarse bajo los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

Nosotros sostenemos la tesis de que en la indemnización del daño derivado del *divorcio sanción* debe aplicarse los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

Resulta destacable el voto del Señor Vocal CARRIÓN LUGO, en la Casación No. 1656-2006, de fecha 20 de noviembre del 2006. En esta Casación el citado magistrado analizó la indemnización del daño a favor del cónyuge inocente, previsto en el artículo 351 del Código Civil, desde la perspectiva de la responsabilidad civil.

En dicho proceso, el accionante interpuso demanda de divorcio por la causal de adulterio imputable al cónyuge; propuso, asimismo, como pretensión subordinada a la principal, que se declare el divorcio absoluto por la causal de injuria atribuible a la referida cónyuge. Además, planteó como pretensión accesoria se le indemnice con la suma de doscientos cincuenta mil dólares americanos por indemnización, por concepto de daño moral y el pago de costas y costos del proceso.

El citado demandante alegó que contrajo matrimonio con la demandada el 13 de noviembre de 1999; que no procrearon hijos; que se establecieron en la ciudad de Curitiba, Brasil, lugar del que retornaron al Perú, luego de dos meses, por problemas de salud de la emplazada. Igualmente, argumentó que en el mes de julio del 2000, la referida demandada abandonó el hogar conyugal y sin haberse disuelto el matrimonio contrajo nupcias en la República de Chile, procreando en dicha unión a una menor. Finalmente, indicó que por dicha razón es el cónyuge perjudicado, pues se ha visto afectada su vida, causándosele daño psicológico y afectivo. Por su parte, la demandada al absolver la demanda, señaló que es falso que haya abandonado el hogar; lo cierto del caso, es de que luego de retornar de Brasil residieron en el domicilio de sus señores padres, siendo que el demandante el que se retiró del citado lugar con fecha 10 de enero del 2000, con dirección a la casa de sus hermanos, para retornar luego de una semana; que vivieron separadamente desde el mes de mayo del 2000; y que su nueva relación amorosa se inició en el año 2001, cuando ya estaba separada de su cónyuge. Así mismo, agregó que en cuanto al daño moral, el demandante pretende lucrarse a sus expensas, pues nunca abandonó al demandante, y que las expectativas de ambos se han visto frustradas por razones ajenas al matrimonio, más aún si el demandante al viajar a Brasil no aportó ningún medio económico, por lo que no hay nada que resarcirle.

En el transcurso del proceso, se dispuso la acumulación al proceso seguido por las mismas partes, sobre divorcio por la causal de separación de hecho.

La Sentencia de Primera Instancia concluyó por declarar fundada la demanda sobre divorcio por la causal de adulterio atribuible a la cónyuge, careciendo de objeto pronunciarse sobre la causal de injuria grave, infundada la pretensión de indemnización; fundada la demanda acumulada propuesta por la cónyuge por la causal de separación de hecho, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial contraído por las partes, por fenecida la sociedad de gananciales.

El demandante formuló su recurso de apelación contra la indicada Sentencia, en cuanto se declaró fundada la demanda acumulada, así como en el extremo relativo a la indemnización reclamada por su parte.

La Sentencia de Vista revocó la Sentencia apelada que declaró fundada la demanda acumulada de separación de hecho y reformándola la declaró fundada y en consecuencia, fijó a favor del demandante la suma de veinte mil nuevos soles, que deberá ser abonada por la demandada; revocó, asimismo, la sentencia en el extremo que declaraba infundada el pago de costas y costos, reformándola declaró fundada dicha pretensión y finalmente, aprobó la sentencia apelada en el extremo que declara fundada la demanda por la causal de adulterio imputable a la cónyuge demandada.

Si bien, la Suprema Sala, resolvió el caso declarando fundada el Recurso de Casación, nula la Sentencia de Vista y disponiendo que el Colegiado Superior emita nuevo fallo, al considerarse que se omitió precisar “qué se entiende por compromiso grave al legítimo interés personal del cónyuge y cómo es que éste se ha materializado en el caso concreto”; sin embargo, la posición del magistrado CARRIÓN LUGO es destacable.

El mencionado magistrado sostiene que “no se ha efectuado un análisis de antijuricidad de la presunta conducta lesiva de la causante del hecho dañoso y menos del elemento objetivo que configura el daño *per se*”. Es que la Sala Superior – señala CARRIÓN LUGO – al fundar su decisión en cuanto a dicho extremo se refiere, sólo se remite al hecho de que la demandada mantuvo relaciones adulterinas dentro del matrimonio, concluyendo sin motivación fáctica alguna, que tal hecho ha frustrado el proyecto de vida personal y moral del demandante. Para arribar a dicha conclusión, la Sala Superior ha valorado la testimonial practicada por el testigo Edgar Iván Granda Saavedra, ofrecido por el mismo demandante, quien en la audiencia de pruebas señaló que en su entorno social existieron comentarios que afectaron al demandante, tanto en su desenvolvimiento profesional y su autoestima personal y psicológica. Empero, - sostiene CARRIÓN LUGO – tal aseveración resulta inidónea para establecer fehacientemente si los hechos *sub judice* realmente han afectado la esfera sentimental del demandante, en atención a que el daño moral es por naturaleza un daño sicosomático y que, por tanto, no se proyecta al futuro.

CARRIÓN LUGO, concluye afirmando: “[...] que si bien es cierto que la pretensión indemnizatoria ha sido propuesta en forma accesoria a la demanda principal, también lo es que, ello no implica que necesariamente deba ser amparada, pues para ello necesariamente debe efectuarse un juicio de valor si los hechos que han determinado el divorcio han comprometido su legítimo interés, en razón que la reparación económica que se otorga al cónyuge ofendido es por el daño moral ocasionado. Al respecto en autos no ha quedado

evidenciado que se haya producido daño psicosomático al demandante, pues la sola declaración testimonial evacuado en autos no es un elemento suficiente para concluir en que se debe reparar al cónyuge demandante”.

Según CARRIÓN LUGO al emitirse la recurrida se ha efectuado una interpretación errónea del numeral 351 del Código Civil y, consecuentemente, el recurso de casación propuesto por dicha causal debe desestimarse, por infundada.

CAPÍTULO V

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL DIVORCIO

REMEDIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley No. 27495, de fecha 07 de julio del 2001, se incorporó al Código Civil peruano la separación de hecho como una de las causales del divorcio. Esta causal se encuentra dentro de la doctrina del *divorcio remedio*.

Como hemos indicado anteriormente, la legislación peruana, con la reforma introducida por la Ley N° 27495, regula un régimen mixto del decaimiento y disolución del matrimonio. Por un lado, contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del *divorcio sanción* (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil). De otro lado, regula causales no inculpatorias de la separación de hecho y de la separación convencional, del sistema del *divorcio remedio* (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil).

El Código Civil peruano regula la indemnización del daño derivado del divorcio en los artículos 345-A y 351, dentro del contexto de los aludidos

sistemas del decaimiento y disolución del matrimonio: *divorcio sanción* y *divorcio remedio*.

La indemnización del daño derivado del *divorcio sanción* está regulado en el artículo 351; en tanto que la reparación del daño emanado del *divorcio sanción* o por la causal de *separación de hecho* está regulada en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

El segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil peruano señala: “El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

En este capítulo analizaremos la indemnización del daño derivado del *divorcio remedio*; haremos un estudio comparativo con la indemnización del daño emanado en el *divorcio sanción*, que hemos estudiado en el Capítulo precedente.

2. IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL

El numeral 13 del artículo 333 del Código Civil señala que es causal de divorcio la separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

El citado inciso permite, como causal genérica, que ambos cónyuges se pongan de acuerdo y soliciten la separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio. En esta causal se evita la inculpación recíproca de los cónyuges. La separación convencional se encuentra reglada dentro del sistema *divorcio remedio*.

Ahora bien, nos preguntamos: ¿Procede la indemnización en la causal de separación de cuerpos?. La respuesta es negativa. Nuestro Código Civil no prevé la posibilidad de indemnizar a ninguno de los cónyuges en la separación convencional, ello debido a que en esta causal no existe inculpación de los consortes, por el contrario existe un acuerdo – mutuo consentimiento – para dar por finalizada la relación conyugal.

3. LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DEL DIVORCIO REMEDIO

Descartada la posibilidad de indemnización en la separación convencional, a continuación examinaremos la separación de hecho como causal del *divorcio remedio* en el Código Civil peruano.

Para PLÁCIDO (2008:48) la separación de hecho “[...] es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes”.

Según el artículo 289 del Código Civil es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. Este deber no exige que exista en todo momento de la convivencia de los consortes. Pueden presentarse casos

en los que se puede suspender la cohabitación por razones que importen al interés familiar (estudio, trabajo, etc.). Esta suspensión puede ser establecida convencional o judicialmente. En ambos casos, la suspensión es circunstancial y momentánea.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha establecido que la causal de separación de hecho “busca dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad [...]” (Casación No. 3090-2006-LIMA).

La separación convencional tiene los siguientes elementos: a) Elemento objetivo o material; b) Elemento subjetivo o psíquico; y, c) Elemento temporal.

El elemento *objetivo* consiste en el cese efectivo de la convivencia en forma permanente y definitiva, sin solución de continuidad; cuya evidencia es el apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes.

El elemento *subjetivo* es la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla.

El elemento *temporal* es el transcurso ininterrumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia. En nuestra legislación se han fijado dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, cuatro años, si los tuvieran.

Finalmente, el artículo 345-A del Código Civil señala que para la invocación de la separación de hecho el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

Como antecedentes legislativos tenemos la *prestation compensatoire* del Derecho francés; la *assegno per divorzio* del Derecho italiano; y la *compensación económica* del Código Civil español.

4.1. DERECHO FRANCÉS

El Derecho peruano tiene como antecedente y principal fuente de inspiración a la *prestation compensatoire* del Derecho francés, cuya finalidad es compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida de ambas partes (ALFARO 2009:120).

El artículo 270 del Código Civil francés señala: "Salvo cuando se pronuncie en razón de la ruptura de la vida común, el divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el artículo 212 del Código Civil; pero uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas".

En el Derecho francés, excepto cuando el divorcio se acuerda en razón de la ruptura de la vida en común, en que se mantiene el deber de socorro y, en consecuencia, pueden acordarse pensiones alimenticias, en los demás

supuestos, existe la posibilidad de acordar una *prestation compensatoire*, cuya finalidad es compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida de ambas partes.

No procede la prestación compensatoria en favor del esposo que, con su falta, ha sido el exclusivo autor de la causa del divorcio. El artículo 280.1 señala: "El cónyuge contra quien se ha pronunciado el divorcio por culpa exclusiva, no tiene derecho a ninguna prestación compensatoria. Sin embargo, podrá obtener una indemnización a título excepcional si a la vista de la duración de la vida en común y de la colaboración aportada a la profesión del otro cónyuge, aparece como manifiestamente contrario a la equidad que se le deniegue toda compensación pecuniaria después del divorcio".

Se fija esta prestación según las necesidades del acreedor y los medios del deudor, tomando en consideración la situación existente en el *momento del divorcio* y su evolución en el *futuro previsible* (artículo 271 del Código Civil)¹³. Además, se toma en cuenta las circunstancias del artículo 272 del Código Civil¹⁴. Esta relación no constituye una enumeración exhaustiva, ya que el texto legal utiliza la expresión *principalmente* antes de detallarlas.

¹³ Artículo 271: "La prestación compensatoria se fija según las necesidades del cónyuge a quien se abona y los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y de la evolución de ésta en un futuro previsible".

¹⁴ Artículo 272: "En la determinación de las necesidades y de los recursos, el Juez tomará principalmente en consideración: La edad y el estado de salud de los cónyuges; el tiempo ya consagrado, o que les será preciso consagrar a la educación de los hijos; sus calificaciones profesionales; sus posibilidades de nuevo empleo; sus derechos existentes y previsibles; la pérdida eventual de sus derechos en materia de pensiones de viudez; su patrimonio respectivo, tanto en capital como en rendimiento, después de la liquidación del régimen matrimonial".

4.2. DERECHO ITALIANO

Igualmente, el instituto materia de estudio tiene su fuente en la denominada *assegno per divorzio* del Derecho italiano.

La Ley del 01 de diciembre de 1970 regula en su artículo 5 la pensión entre los cónyuges después del divorcio. Dicha norma señala:

Con la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el Tribunal dispondrá, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y los motivos de la edición a sus bienes y rentas propias. Para determinar la asignación el Juez tendrá en cuenta la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio de ambos. Previo acuerdo de las partes, la contraprestación podrá hacerse en un solo pago. La obligación de pagar la asignación cesa si el cónyuge que debe ser abonado pasa a nuevas nupcias.

Para su determinación se tienen en cuenta los motivos de la ruptura, las condiciones económicas de ambos y la contribución de cada uno de la vida familiar y a la formación del patrimonio. El Juez, al igual que en España, sólo puede establecerla en forma de pago periódico (ALFARO 2009:120); pero, existe la posibilidad de sustituir la pensión por un capital por acuerdo de las partes. Finalmente, el derecho se pierde por nuevas nupcias del acreedor.

4.3. DERECHO ESPAÑOL

El Derecho español regula la pensión compensatoria. El artículo 97 del Código Civil español señala:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación

que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

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

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

En los supuestos de crisis matrimoniales, el legislador español de 1981 se vio obligado a promover una solución económica para aquellos supuestos en los que, consumada la separación matrimonial, o bien disuelto el vínculo, uno de los miembros de la pareja - generalmente la mujer, la esposa o ex esposa - queda desasistido, tras una parte importante de su vida dedicada al cuidado de la familia (ROMERO 2009:61).

Según CAMPUZANO, citado por ROMERO (2009:62), es aquella prestación satisfecha, normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que, con posterioridad a la Sentencia de separación o divorcio, se encuentre, debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial, en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida, fundamentalmente,

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

La pensión compensatoria en el sistema español se fundamenta en el principio de solidaridad familiar. ROMERO (2009:64) le denomina "solidaridad post conyugal, pues, aunque el matrimonio se rompa, con anterioridad sí existieron lazos afectivos que dieron lugar a la celebración del matrimonio". De otro lado, se funda exclusivamente en el *desequilibrio económico* determinante de un empeoramiento, para uno de los cónyuges, en su situación económica.

El Tribunal Supremo español, en Sentencias 43/2005 y 307/2005, sentó doctrina afirmando que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente con el matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad - el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios (ROMERO 2009:64-65).

5. NATURALEZA JURÍDICA

5.1. TEORÍA ASISTENCIAL O ALIMENTARIA

Algunos autores españoles, que analizan la pensión compensatoria, han estimado que esta institución tiene naturaleza asistencial o alimenticia.

En nuestro medio, ALFARO (2009:125) cuestiona esta teoría, señalando: “[...] que la naturaleza jurídica de la indemnización en estudio no es propiamente asistencial o alimenticia, porque el divorcio lo extingue y con ello el deber de socorro y además porque no está sujeta necesariamente a los supuestos de necesidad de quien lo pide o posibilidad de quien se encuentra obligado, entre otras razones”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en el Tercer Pleno Casatorio, sobre esta teoría sentó su posición señalando:

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentario; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o 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 (CASACIÓN No. 4664-2010-PUNO).

Nosotros coincidimos con lo afirmado por ALFARO, en el sentido de que con el divorcio se extingue el deber de socorro entre los cónyuges y, además, en la indemnización del daño en la separación de hecho no necesariamente se

toma en cuenta las necesidades del cónyuge perjudicado ni las posibilidades económicas del otro consorte, sino que básicamente el desequilibrio económico.

5.2. TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Un sector de la doctrina que analiza la pensión compensatoria en la doctrina extranjera sostiene que esta institución se fundamenta en la teoría del enriquecimiento injusto. Se afirma que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro (ROMERO 2009:67).

Se ha enfatizado que en la figura de la pensión compensatoria existe un incremento económico por parte de uno de los esposos, y un consiguiente empobrecimiento del otro, así como una relación causal entre ambos. Además, ese incremento es *injustificado*; y, como tal, por razones de *equidad* surge la obligación de indemnizar o de compensar.

CÉSPEDES y VARGAS (2008: 453), comentando la legislación chilena, rechazan esta posición doctrinal señalando:

Con respecto al enriquecimiento sin causa, se señala que difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro. Esto es posible argumentarlo en las relaciones de hecho dado que no existe base matrimonial, pero no puede ser una razón en el matrimonio. Por lo tanto, la existencia del matrimonio es la causa que excluye la aplicación de esta institución, máxime si el rol que asume cada uno de los cónyuges en esta comunidad de vida corresponde al ejercicio de una opción personal.

Nosotros tampoco compartimos esta teoría debido a que en nuestra legislación la norma no precisa sobre el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges en perjuicio del otro, sino que se busca indemnizar al cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho.

5.3. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Un sector de la doctrina considera que la indemnización del daño derivado de la separación de hecho se asemeja a la responsabilidad civil.

PLÁCIDO (2004:51) señala que “se trata de un supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, que está referido a la trascendencia de la separación de hecho, como causal invocada y probada de la separación de cuerpos o del divorcio, hacia el cónyuge perjudicado y que resulta de la conducta antijurídica del consorte que la motivó”.

Dentro de esta teoría, la indemnización del daño derivado del *divorcio remedio* debe aplicarse las normas de la responsabilidad civil extracontractual. Para su análisis debe estudiarse los presupuestos de esta responsabilidad: antijuricidad, daño, relación causal y los factores de atribución.

Esta teoría ha sido cuestionada debido a que en la causal de separación de hecho no necesariamente se investiga la culpa de alguno de los cónyuges respecto a la separación. Por otro lado, se discute respecto a la antijuricidad del hecho causante del divorcio; se sostiene que en cuanto a la antijuricidad se tendría que analizar la conducta de los cónyuges respecto al cumplimiento de sus deberes maritales. Sobre el particular, ALFARO (2009:133) sostiene:

[...] si le reconocemos su naturaleza de responsabilidad civil, como hace una parte de la jurisprudencia nacional, entonces necesariamente tendríamos que seguir con el análisis de cada uno de los supuestos o elementos típicos de tal institución; esto es que el juzgador tendrá que analizar la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. De seguir esta tendencia, el juzgador se encontrará en una serie de problemas y dilemas de cómo encuadrar el caso concreto a dicho elementos porque de no ser así tendría que desestimar la pretensión de indemnización, tarea que consideramos indefinida y por demás innecesaria.

LEÓN (2007:82) tampoco está de acuerdo con esta tesis. Al respecto sostiene:

A rigor de términos, esta norma no regula un supuesto de responsabilidad civil. En sí misma: la separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que, ciertamente, puede ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados. A lo sumo, como se estipula en el artículo citado, lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el Juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Como es claro, esta alternativa remedial que se deja a criterio del magistrado, entre satisfacción en dinero y adjudicación de bienes resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica.

Un sector de la doctrina española señala que la pensión compensatoria tiene naturaleza de ser un tipo de responsabilidad civil. Así, MARÍN, citado por ROMERO (2009:66), afirma: "lo que hace la pensión - o a lo que tiende su concesión - es intentar resarcir el perjuicio causado, idea esta que se asimila a igualar los patrimonios. Con ello, se pone de relieve con más claridad, desde luego, la faceta indemnizatoria de la pensión por desequilibrio económico".

ROMERO (2009:76), comentando la legislación española, estima que la pensión compensatoria tiene carácter indemnizatorio. Señala: “[...] se establece en beneficio de uno de los cónyuges -generalmente, la esposa o ex esposa -, y el parámetro que determina su existencia es un desequilibrio de presente, no de futuro. La cuantificación de la pensión se realiza mediante el empleo de circunstancias y parámetros que confirman también su carácter reparador”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno, señaló que en la indemnización del daño en el *divorcio remedio* no es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual. En dicho Pleno, el profesor Leysser León Hilario, en su calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal) también sostuvo que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la *solidaridad familiar*.

5.4. TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN LEGAL

Otro sector de la doctrina afirma que la indemnización del daño derivado del *divorcio remedio* es una obligación legal. Al respecto ALFARO (2009:134) señala:

[...] se encuentra configurada no como un tipo de responsabilidad civil, sino como una obligación de carácter legal prevista en el artículo 345-A, en el sentido que es la propia legalidad la que establece dicho contenido obligacional como consecuencia o efecto posible e inherente al fracaso matrimonial. Pensamos que dicha obligación emerge de la misma Ley en el sentido de que es ésta la que dota de un efecto al fracaso del matrimonio que toda sentencia de separación o de divorcio comporta.

ALFARO (2009:126) estima que este instituto se asemeja a las llamadas *indemnizaciones por sacrificio de España*, o lo que nosotros denominamos obligación legal indemnizatoria como una práctica legislativa usada por el legislador en determinadas figuras legales, en razón de su particular naturaleza o Derecho que se tutela, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación (Ley N° 27117) o de imposición de servidumbres legales (artículo 1051 del Código Civil).

Más adelante, ALFARO (2009:127), agrega “lo que el ordenamiento jurídico busca es indemnizar al que más pierde con la ruptura del vínculo matrimonial generada, en el caso peruano, única y exclusivamente por la separación de hecho [...]”. Asimismo, él considera que “la obligación de indemnizar se desenvuelve sobre la plataforma de criterios estrictamente objetivos”; que el acreedor de esta obligación es “aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio por separación de hecho le haya irrogado dicho menoscabo”; que el único título o motivo que justifica la imposición de la obligación de indemnizar al cónyuge más perjudicado sería la propia Ley. Concluye, afirmando:

[...] la indemnización estudiada de ninguna manera subsana el detrimento, sino que llanamente lo corrige, y de esa forma se previene el empeoramiento del ex cónyuge más débil. En otras palabras, no se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino más bien una vida separada autónoma económicamente conforme al principio de solidaridad posconyugal, que parece ser el que se impondría en estos casos.

CÉSPEDES y VARGAS (2008:451), comentando la legislación chilena, también señala que la compensación económica “tiene una naturaleza jurídica

propia: es solo una obligación impuesta por la Ley que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida separada”. En ese orden de ideas, la legislación supletoria sería la de las reglas generales en materia de efectos de las obligaciones.

Las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno, se han adherido a esta tesis. Según la Corte Suprema “el título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma Ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial”.

Nosotros compartimos esta posición doctrinaria, ya que en nuestro sistema jurídico el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatória.

6. PRESUPUESTOS PARA LA INDEMNIZACIÓN

Establecida la naturaleza jurídica de la indemnización del daño en el *divorcio remedio*, pasaremos a fijar los presupuestos para su reparación.

Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución. No es necesario establecer factor de atribución alguno (dolo o culpa), ni la conducta antijurídica como requisito para

la procedencia de la indemnización, pues la separación se hecho está inmerso dentro del sistema del *divorcio remedio*, en la cual no es necesario determinar el cónyuge que motivó la separación.

Sin embargo, algunos autores han señalado que en la indemnización del daño por la causal de separación de hecho se presenta como factor de atribución la culpa. PLÁCIDO (2001b:124) ha indicado que el factor de atribución es la culpa del cónyuge que se niega de continuar con la cohabitación. No estamos de acuerdo con la posición del mencionado autor, ya que como hemos indicado para la procedencia de la causal de separación de hecho debe prescindirse del elemento culpa por parte de los cónyuges, porque se trata de una casual objetiva.

Nosotros sostenemos que en la indemnización del daño en el *divorcio remedio* deben concurrir los siguientes presupuestos: a) La determinación del cónyuge más perjudicado con la separación de hecho; b) El daño; y, c) La relación de causalidad.

6.1. DETERMINACIÓN DEL CÓNYPUGE MÁS PERJUDICADO CON LA SEPARACIÓN DE HECHO

El artículo 345-A del Código Civil señala: “El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos [...]”.

La norma indica: “Velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado”. Se trata de una norma tuitiva; el Juez debe establecer quién es el cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

Para PLÁCIDO (2004: 49-50) el cónyuge perjudicado “es aquél que no motivó la separación de hecho”. Si bien es cierto que en la causal de separación de hecho no se busca determinar quién fue el culpable de la separación, pero es necesario determinar cuál de los cónyuges resultó perjudicado con dicha separación.

Una vez establecido el cónyuge perjudicado, el Juez procederá a proteger la estabilidad económica de éste consorte. Con este fin, la norma prevé dos posibilidades: debe señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

Debe resaltarse el carácter no concurrente de las citadas posibilidades: si el juzgador fija una indemnización, no procede la adjudicación preferente de bienes sociales.

6.2. DAÑO

El segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil señala que el Juez señalará una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho.

El *daño personal* a que alude la norma ha sido identificado como el daño a la persona, que está regulado en el artículo 1985 del Código Civil. Dentro del daño a la persona debe comprenderse también al daño moral.

El divorcio por la causal de separación de hecho *per se* no da lugar a indemnización. Los daños ocasionados, así como su magnitud deben ser

acreditados. El Juez debe analizar la conducta dañosa del cónyuge causante y su consecuencia en la parte perjudicada. Sobre el tema PLÁCIDO (2008: 56) señala:

Establecido quién es el cónyuge perjudicado - aquel que no motivó la separación de hecho-, la indemnización asume el significado de otorgar a la persona una "satisfacción" por las consecuencias del daño causado, por carecer de connotación patrimonial. Por eso, resulta importante la prueba de los daños ocasionados a fin de permitir al juzgador definir su magnitud y, entonces, fijar una reparación acorde al daño inferido. De no haberse ofrecido tal prueba, el juzgador está obligado a fijar la indemnización de acuerdo con su prudente juicio, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso.

La Corte Suprema inicialmente ha señalado que "todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable" (CASACIÓN No. 3090-2006).

Posteriormente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema acuñó la terminología de daño *al proyecto de vida matrimonial*. La Corte Suprema entendió por este daño como:

[...] aquel que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio y por ende idearon, escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos, para dicho fin, los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiesta en que uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor y aquel asume la de cuidado, crianza, protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al ver truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho" (CASACIÓN No. 4921-2008-LIMA).

Luego, la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno, ha resuelto que el artículo 345-A autoriza la indemnización del daño personal o daño a la persona, en la cual está incluida el daño moral.

En la citada Casación, la Corte Suprema, distingue para los fines de la indemnización dos aspectos: a) Los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida antes de la demanda; b) De los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte 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 pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable – culpa en sentido amplio – de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (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 otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

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.

La Corte Suprema también señala que el desequilibrio económico se establece relacionando la 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.

Finalmente, la Corte Suprema concluye afirmando que el menoscabo de la estabilidad económica debe ser considerado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio. ¿Es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

Finalmente, ROMERO (2009:70), comentando la legislación española, señala que el daño que da lugar a la reclamación "se identificaría como el que resulta de la pérdida de los costos de oportunidad alcanzados durante el matrimonio por el cónyuge que pierde más con el divorcio". Agrega, "la pérdida

de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio es el factor fundamental que hay que tomar en consideración para comprender el significado y fundamento de la pensión compensatoria y su naturaleza indemnizatoria”.

6.3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Debe existir una relación de causa a efecto entre la separación de hecho y el daño. Al respecto, la Corte Suprema, en el Tercer Pleno Casatorio señala:

[...] resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí”. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí (CASACIÓN No. 4664-2010-PUNO).

Sostenemos que respecto a este presupuesto debe aplicarse la *teoría de la causa adecuada*. La Corte Suprema, en la aludida Casación No. 4664-2010-Puno, también ha acogido la tesis de la teoría de la *causa adecuada*. El Juez debe calificar el juicio acerca de la idoneidad o no de la acción del cónyuge causante para producir el daño que reclama el consorte perjudicado. Este juicio se realiza *en abstracto*, según la cual la conducta antijurídica del cónyuge, abstractamente considerado, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es capaz o adecuada para producir el daño. Por cierto, el Juez en cada caso concreto debe determinar la conexión entre la conducta del agente (separación de hecho) y el daño.

PLÁCIDO (2004:52) sobre el particular señala: “La causa adecuada se aprecia en la negativa injustificada de uno de los cónyuges de continuar o reanudar la cohabitación en el domicilio conyugal, sin que medien hechos imputables al otro que motiven tal estado”.

7. DAÑO RESARCIBLE EN LA SEPARACIÓN DE HECHO

En la actualidad la tutela de la persona humana es reconocida en todos los ordenamientos jurídicos. El artículo 1 de la Constitución Política del Perú señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. La doctrina empieza a hablar del *paradigma protectorio*, en la cual su principio estructurante es la protección de la persona (LORENZETTI 2006: 331). Este paradigma se manifiesta en los derechos humanos, que son regulados en Tratados y Constituciones.

En nuestro concepto, dentro del *paradigma protectorio* se ha introducido la indemnización del daño en el *divorcio remedio*, con la finalidad de proteger al cónyuge más débil, que generalmente es la mujer. El arquetipo es hoy la persona, por lo que, debe protegerse al consorte frágil en el divorcio.

El artículo 345-A del Código Civil no hace referencia alguna respecto al daño ocasionado al cónyuge perjudicado, solamente indica que el Juez: “deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal”.

El daño resarcible en la separación de hecho es el *daño a la persona*. Pero, además, por mandato contenido en la última parte del artículo 345-A, es también aplicable el artículo 351, que se refiere al *daño moral*.

Nosotros sostenemos que en el divorcio por la causal de separación de hecho el daño resarcible es el *daño a la persona*, dentro de ello se encuentra incluido el *daño moral*. En ese sentido también se ha pronunciado la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio, en la Casación No. 4664-2010-Puno.

En doctrina y en el Derecho comparado no existe criterio uniforme sobre la noción de daño a la persona. A continuación analizaremos esta categoría, a fin de esclarecer el tema con mayor profundidad.

8. DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El daño a la persona ha sido introducido en el Código Civil peruano en el artículo 1985. Su incorporación ha sido a propuesta del destacado jurista Carlos Fernández Sessarego.

8.1. CONCEPTO DE DAÑO A LA PERSONA

PORTIGLIATTI, citado por FERNÁNDEZ (1985:186) entiende el daño a la persona “como la consecuencia de cualquier modificación peyorativa, sea extrínseca o intrínseca, temporal o permanente, general o localizada, que “turbe la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”.

FERNÁNDEZ (1985:185) señala que el daño a la persona “[...] se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir una lesión a su integridad psicosomática, está normalmente sometido a daños de consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma”. Más adelante agrega:

[...] el daño a la persona supone un atentado directo contra la persona en sí misma, o sea el que lesione alguno de sus derechos, los mismos que tienen como objeto el mundo interior del sujeto. El daño a la persona es un agravio perpetrado contra bienes o intereses de la persona en cuanto tal que, por su propia naturaleza, no son cuantificables en dinero en tanto lesionan un interés espiritual, psicológico o moral.

Por otro lado, el referido autor sostiene que el más grave daño que se puede causar a la persona es el que repercute en su “proyecto de vida”, el mismo que al agraviado le impide realizarse según su vocación personal.

Según se aprecia en doctrina existen discrepancias en cuanto al significado del daño a la persona. TABOADA (2001:61-62) afirma: [...] “Para un sector de la doctrina el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye *la frustración del proyecto de vida de una persona*. Así, por ejemplo, los casos típicos que utilizan estos autores de frustración del proyecto de vida, hacen referencia a la pérdida de uno o varios dedos para un pianista, de una pierna para una bailarina o jugador profesional de algún deporte rentado, etc.”.

TABOADA (2001: 62) concluye afirmando: “[...] la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en el Tercero Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno, precisó también que no

hay consenso en la doctrina respecto si este daño comprendería a todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana. La Corte Suprema indicó que 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.

De otro lado, la Corte Suprema indicó que el *daño a la salud* representa el *aspecto dinámica* 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).

8.2. CRÍTICAS A LA INCORPORACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA

La incorporación del daño a la persona en el Código Civil ha sido criticada por diversos autores. DE TRAZEGNIES (2000:73-74) cuestionó desde el mismo momento de la aparición del Código Civil, la expresión *daño a la persona*, señalando que es reiterativa de los aspectos del *daño moral*. Señala

que “esta última institución no está limitada únicamente a la *pecuniam doloris*, a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se entiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad”. Más adelante concluye señalando:

Entiéndase bien: no estamos discutiendo por un nombre. Lejos está de nuestra mente defender la expresión "daño moral". No cabe duda de que esta denominación no es feliz; y esto ya ha sido dicho cientos de veces. Podemos utilizar cualquier otra. Podríamos usar la expresión de "daño a la persona"; a pesar de que todo daño es, directa o indirectamente, un daño a la persona (incluyendo los daños patrimoniales). Nosotros preferimos llamarlo daño extrapatrimonial (o no patrimonial, si se quiere), como puede apreciarse por la forma como hemos denominado el presente capítulo. Pero, más allá de un pleito de etiquetas que lo importa es si estamos ante uno o ante dos campos conceptuales: hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor, o sí, como lo parecen entender los juristas franceses, todo ello tiene un tratamiento similar y, por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico. Nosotros estamos dentro de esta última posición.

LEÓN (s/f) tampoco está de acuerdo con la categoría de *daño a la persona*. Sostiene que el *daño moral* tal como se le entiende en el país de donde es originario, o sea, en Francia, comprende a todo daño que no sea *material*, es decir, no susceptible de valorización económica directa.

8.3. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Se parte de la idea de que el ser humano es, esencialmente, un *proyectista*; se sostiene que el ser humano se caracteriza por hacer planes, fijar metas y mirar hacia el futuro.

DE ESTRELLA (2010:865) señala: “La libertad que somos permite a cada persona elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo a valores, bajo el dictado de su personal vocación”. Dicha autora (2010:866) agrega: “El hombre es libre y capaz de hacerse él mismo, al menos en una cierta medida, por sus elecciones”.

El proyecto de vida representa lo que el ser humano ha decidido ser y hacer en su vida o, lo que hace para ser. Todas las potencialidades y energías del ser humano actúan para su realización, para lograr su concreción en la vida. Si el *proyecto de vida* se cumple total o parcialmente el ser humano se considera *realizado*, es decir, que ha cumplido con su personal destino, que su vida ha tenido un sentido valioso.

El daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia (MANZANARES 2008:64).

FERNÁNDEZ (1985:202) para explicar el daño al proyecto de vida cita como ejemplo el caso de un pintor, de un artista entregado a su arte, hondamente comprometido con los valores estéticos, que trabaja en forma independiente, a quien se le causa un daño que consiste en la pérdida de algunos dedos de la mano derecha, hecho que le impide manejar el pincel. Se hace patente en esta hipótesis la producción de dos clases de daño, uno de carácter patrimonial y otro carente de esta connotación, es decir, no patrimonial.

El citado autor afirma que el grave accidente sufrido por el artista obligará a su internamiento en un hospital, lo cual originará gastos (hospitalización, medicinas, etc.) que tienen que ser asumidos por el causante del daño, los que pueden traducirse en daño emergente y lucro cesante. Pero, además de ello, se ha producido otro tipo de daño, cuya consecuencia no se puede traducir en dinero. Se trata del daño cuyo efecto es el apartar al ser humano de su trabajo creativo de artista pintor; ello acarrea incalculables repercusiones espirituales y anímicas en la vida de la víctima, lo que le obligará cambiar radicalmente su proyecto vital. Si bien este daño es difícil evaluarlo en términos económicos, pero el causante del daño debe repararlo en algún modo este daño.

El daño al proyecto de vida se fundamentó en la doctrina de *libre albedrío* planteada por la teología cristiana: el hombre es un ser que tiene en sus manos la posibilidad de salvarse o de perderse; valorará en su fuero interno dichas opciones. De ello se puede afirmar que el hombre es un ser con capacidad de decisión, un ser libre (DÍAZ 2006: 42). Posteriormente, la fundamentación filosófica se consolidó con la escuela filosófica existencialista, según la cual el ser del hombre es *libertad*. Dicha corriente filosófica ha sido defendida por Soren Kierkegaard y Jean Paúl Sartre.

CASTILLO (1996: 541) señala que en el existencialismo "la existencia precede a la esencia. Esta es una expresión metafísica de la creencia en la libertad absoluta, según la cual el ser viviente y pensante se hace a sí mismo, en la medida que lo permiten ciertas determinaciones ya tomadas. Algunos

sostienen que la esencia no existe sino sola la existencia, que es la única que tiene realidad”.

Ahora bien, para los efectos de indemnizarse se debe tener en cuenta que la persona tenga un proyecto de vida y que el daño haya afectado ese proyecto. Al respecto TANZI (2010:901) señala:

Se deberá tener en cuenta la existencia de un proyecto de vida y la forma negativa en que incide el hecho dañoso en su concreción. No desconocemos que hay personas que carecen de un proyecto de vida definido, como también que todo hecho dañoso no siempre tiene la entidad suficiente para frustrarlo. En estas situaciones las consecuencias que derivan del hecho son de poca relevancia, en consideración a ese proyecto de vida diluido o inexistente.

Finalmente, cabe precisar que el daño al proyecto de vida no es una categoría pacífica en la doctrina. Un sector de la doctrina ha cuestionado su regulación en el Código Civil. Dicho cuestionamiento se presenta básicamente desde la perspectiva de su indemnización. LEÓN (2007:85) hace una severa crítica con los siguientes argumentos:

Nadie “ve” los “proyectos de vida”. El mundo sería inhabitable y la intranquilidad reinaría si los comportamientos en general tuvieran que decidirse o emprenderse con la precaución de no alterar las imperceptibles e inescrutables “aspiraciones” de los semejantes. Frente a un conjunto de personas casualmente congregado en la vía pública, e integrado por un deportista con futuro promisorio, una estudiante de primer año de la Escuela Nacional de Ballet, un campeón juvenil de matemáticas y un obrero subcontratado a través de una compañía de intermediación, ¿contra quién dirigiría “racionalmente” su automóvil un individuo que tuviera la mala fortuna de perder el control del vehículo por un imprevisto desperfecto en el sistema de frenos? La respuesta será “contra nadie” o “contra todos” si y solo si los “proyectos de vida” se mantienen invisibles; en oposición, si tales “proyectos” pudieran ser vislumbrados, el deber de mitigar los daños determinaría al conductor a

atropellar al obrero, porque esta decisión "eficiente" le garantizaría asumir el menor resarcimiento o, en el peor de los casos para la víctima, no pagar nada o ni siquiera ser demandado.

8.4. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

La indemnización del daño al proyecto de vida presenta dificultades para su indemnización. La doctrina cuestiona la reparación de este daño. Así, LEÓN (s/f) señala:

[...] limitándonos a evaluar la ensayística del doctor Carlos Fernández Sessarego, artífice y defensor del "daño al proyecto de vida" entre nosotros, yo sustentaría mi crítica haciendo notar que en todas esas páginas del ilustre autor brilla por su ausencia el tema más importante de todo juicio de responsabilidad civil, a saber: el tema de la cuantificación de los daños. ¿Cuánto habría que dar a la víctima por el daño a su proyecto de vida?.

En efecto, cuantificar el daño al proyecto de vida resulta difícil. Supongamos que en un accidente de tránsito queda inhabilitado las piernas de un futbolista profesional, ¿Cómo podríamos cuantificar el daño al proyecto de vida de ese futbolista?, ¿Qué criterios debería utilizarse?. No existe criterio que valga para valorar el daño al proyecto de vida.

Por otro lado, LEÓN (s/f) señala que el daño al proyecto de vida no sería resarcible debido a que éstos son "invisibles y cambiantes".

Nosotros consideramos que será el Juez, quien en definitiva con su prudencia, fije la indemnización del daño al proyecto de vida.

8.5. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

8.5.1. CASO MARÍA ELENA LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el daño al proyecto de vida en el caso María Elena Loayza Tamayo vs. Perú.

María Elena Loayza Tamayo, profesora universitaria, ha sido detenida y acusada por delito de terrorismo en el año 1993. Como consecuencia de ello, sufrió vejámenes y torturas, pese a que era inocente de los cargos que se le imputaron. Se demostró fehacientemente la violación de sus derechos fundamentales.

La Corte Interamericana expidió dos sentencias, la primera que definía el tema, de fecha 17 de setiembre de 1997, por la que se establece la responsabilidad del Estado peruano, en los hechos materia de la demanda, concluyendo que debía indemnizarse a la demandante por los daños ocasionados. La segunda sentencia, relativa al tema de la reparación, de fecha 27 de noviembre de 1998, donde se detallan los daños ocasionados a la demandante y a sus familiares cercanos y las diversas formas como debían repararse.

La Corte Interamericana, en el párrafo 147, de la citada Sentencia, distingue las distintas categorías del daño, indicando que el daño al proyecto de vida es:

[...] el denominado "proyecto de vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (LANDA 2005: 273).

Por otro lado, cabe señalar que la Corte Interamericana reconoció como elemento esencial del *daño al proyecto de vida* la realización integral de la persona afectada. El ser humano tiene la capacidad de elegir, de decidir, por lo tanto, es libre. El hombre se proyecta en el tiempo. En ese sentido, la Corte Interamericana en el párrafo 148 de la aludida Sentencia señala:

En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte (LANDA 2005:273).

En el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que se atentó su proyecto de vida, su desarrollo personal, por factores ajenos, que le fueron impuestos por los agentes del poder público. En el párrafo 149 de la Sentencia se indica:

En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable – no meramente posible – dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlas a cabo con probabilidades de éxito (LANDA 2005: 273).

En el citado caso se demostró la violación de sus derechos fundamentales de la profesora María Elena Loayza Tamayo, al habersele detenido arbitrariamente, al vejarse física y psicológicamente, al sufrir permanentes amenazas. A ello se agrega que perdió sus trabajos, quedándose sin medios de subsistencia. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 150 concluyó afirmando:

[...] es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el "daño al proyecto de vida ", entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses (LANDA 2005: 274).

Al asumir el concepto de *daño al proyecto de vida*, la Corte Interamericana considera que los hechos acaecidos "han afectado de forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo".

No obstante este desarrollo conceptual del concepto de *proyecto de vida*, en la sentencia Loayza Tamayo, la Corte Interamericana no ha cuantificado este daño; se ha limitado a señalar:

[...] que la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permiten traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones.

8.5.2. CASO LUIS ALBERTO CANTORAL BENAVIDES VS. PERÚ

En el caso Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se pronunció sobre *el daño al proyecto de vida*.

En esta sentencia, la Corte Interamericana señaló que la víctima “a sus 20 años y siendo estudiante de biología, con absoluta frustración y angustia, vio truncado su proyecto de vida ante el menoscabo de las oportunidades personales y profesionales”.

Sin embargo, la Corte Interamericana no decidió en el sentido de otorgar directa y personalmente a la víctima una compensación pecuniaria, sino de garantizarle “un restablecimiento de sus oportunidades de desarrollo personal”, y estimó que “la vía más idónea consistía en que el Estado le proporcionara una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que ésta hubiera elegido, en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo” (SCALABRINO 2010:964).

La solución de la Corte Interamericana se adecua específicamente a la solicitud de los representantes de la víctima, así como a los deseos expresados por ésta en la audiencia pública.

El Juez CANDADO TRINDADE subraya en su Voto Razonado que la víctima afirmó que lo que quería era realizarse como persona y sentirse desagraviado.

9. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA MATRIMONIAL

El matrimonio tradicionalmente ha sido conceptualizado como la unión de un varón y una mujer, para realizar una vida en común. En ese sentido, PORTALIS, citado por LÓPEZ (1992:632), señala que el matrimonio “es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse y socorrerse mutuamente, llevar el peso de la vida y para compartir su común destino”.

La razón de ser del matrimonio consiste en “compartir un destino común”. Ambos cónyuges deciden compartir por el resto de su vida; para ello, acuerdan diversos proyectos. Producida la separación de hecho de los cónyuges, obviamente, se truncan esos planes y, por consiguiente, se causa daño al cónyuge perjudicado.

Dentro de ese razonamiento, la Corte Suprema en un inicio entendió que en la separación de hecho se frustra las expectativas del cónyuge perjudicado, con lo cual se causa *daño al proyecto de vida matrimonial*. En la Casación No. 4921-2008-Lima la Corte Suprema señaló:

[...] Que respecto a la indemnización, como medida a favor del cónyuge perjudicado, esta Sala de Casación viene destacando, dentro del marco de la ruptura de la relación matrimonial por separación de hecho, la existencia del daño a la persona prevista en el artículo 1985 del Código Civil, en la forma de daño al proyecto de vida matrimonial, entendido como aquel que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio y por ende idearon, escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos, para dicho fin, los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiesta en que uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor y aquel asume la de

cuidado, crianza, protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho [...].

Posteriormente, la Corte Suprema, en el Tercer Pleno Casatorio, en la Casación No. 4664-2010, cambió su línea de argumentación. En esta Casación la Corte Suprema indicó que la aplicación del concepto de proyecto de vida – y por extensión el de proyecto de vida matrimonial – a los efectos de la indemnización en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

10. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

Tiene legitimidad para solicitar la indemnización del daño el cónyuge perjudicado. La oportunidad para solicitarlo se dará en la demanda y al contestarse la demanda.

El artículo 345-A del Código Civil señala que el Juez “deberá señalar una indemnización por daños”. Este dispositivo legal ha sido interpretado por la Corte Suprema en reiteradas ejecutorias como una norma imperativa, en el sentido de que el Juez necesariamente debe fijar la indemnización en la sentencia, aunque no haya sido solicitado por las partes.

Un sector de la doctrina ha cuestionado la doctrina asentada por la Corte Suprema argumentando que debe ser solicitado por la parte perjudicada, porque de lo contrario se afectaría el principio de “congruencia”. ALFARO (2009:138) afirma: “entendemos que la indemnización estudiada no solo debe

ser solicitada y probada por la parte a quien interese, sino que su rogación deber ser "oportunamente" realizada, constituyéndose en motivo de oposición o cuestionamiento su petición extemporánea por la parte afectada".

En el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia llevado a cabo los días 07 y 08 de septiembre del 2007 en la ciudad de Lima, se planteó y se debatió la siguiente interrogante: ¿La indemnización prevista por el artículo 345-A debe ser dispuesta de oficio o a pedido de parte, vía reconvenición?. El Pleno concluyó con nueve votos a favor de que la indemnización sea a petición de parte; solo se contó con un voto para que sea declarado *de oficio*. Por mayoría se acordó que la indemnización prevista por el artículo 345-A sea otorgada sólo a petición de parte.

Otro sector de la doctrina considera que la indemnización en la separación de hecho debe fijarse de oficio. PLÁCIDO (2004: 52) sostiene:

Se debe insistir en el carácter obligatorio, una vez determinado quién es el cónyuge culpable, de fijarse en la sentencia la indemnización. De no observarse ello, la omisión será resuelta por el superior mediante su fijación al amparo de sus facultades de integración del fallo, conforme se dispone en el artículo 172 del Código Procesal Civil.

La Corte Suprema, en el Tercer Pleno Casatorio, en la Casación No. 4664-2010-Puno, uniformizó los criterios existentes. Estableció que la indemnización se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesorio, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también

podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

La Corte Suprema en la aludida Casación ha indicado que el Juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

La máxima instancia del Poder Judicial también ha precisado que no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello. Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la

indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los “perjuicios”.

11. PRUEBA DEL DAÑO

El daño ocasionado al cónyuge perjudicado debe probarse. Si bien ello resulta difícil, pero a partir de las pruebas actuadas en el proceso, el Juez debe determinar la naturaleza del daño. PLÁCIDO (2008:56) estima que “resulta importante la prueba de los daños ocasionados a fin de permitir al juzgador definir su magnitud y fijar una reparación acorde al daño inferido”. En caso de que las partes no hayan ofrecido tal prueba, afirma el citado autor, “el juzgador está obligado a fijar una indemnización de acuerdo a su prudente juicio, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso”.

Ahora bien, ¿A quién corresponde la carga de la prueba para la indemnización?, evidentemente le toca al cónyuge que alega que con el divorcio existe inestabilidad económica. Al respecto ALFARO (2009:138) sostiene:

[...] el cónyuge que pretende la indemnización tiene la carga de probar que al momento de la ruptura de la convivencia ha existido la inestabilidad económica, la misma que recae sobre el solicitante en todo caso, y las demás circunstancias que el juez evaluará, tanto las alegaciones y principalmente los medios de prueba que podrá hacer en el proceso de separación de cuerpos o en el de divorcio.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en el Tercer Pleno Casatorio, en la Casación No. 4664-2010-Puno, señaló que la parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por Ley. No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación.

12. QUANTUM INDEMNIZATORIO

El *quantum indemnizatorio* debe ser fijado por el Juez de acuerdo a la naturaleza del daño; debe fijar una indemnización prudente. Sin embargo, cabe precisar que el principio de la prudencia no siempre ha sido manejado adecuadamente por nuestra Corte Suprema; muchas veces se ha fijado sumas irrisorias y, en otros casos, se ordenó sumas exorbitantes.

La Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno, ha establecido que para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de determinar al cónyuge más perjudicado. La Corte Suprema considera como tal aquel cónyuge: a) Que no ha dado motivos para la separación de hecho; b) Que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio; c) Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

En la Casación No. 3973-2006-Lima, la Corte Suprema fijó una indemnización exagerada. En ese caso, una dama demandó divorcio por la causal de separación de hecho, así como reparación por daño moral ascendente a la suma de 300,000 dólares. El Juez de mérito decidió recortar semejante pedido hasta la suma de 100,000 dólares, movido por el afán de permitir a la afectada, casada a muy joven edad, "el reinicio de una actividad que le posibilite desarrollarse y atender a su supervivencia". En la instancia superior, la suma quedó definitivamente y *prudencialmente* fijada en 30,000 dólares. En sede casatoria, ante el requerimiento de la actora, notoriamente ambiciosa, de revertir la ya exagerada estimación de los magistrados de grado inferior, se confirmó el monto asignado por estos (LEÓN 2007:79).

En la indemnización del daño en el *divorcio remedio*, debe tomarse en cuenta el principio de *condición personal de la víctima*. Este principio señala que lo fundamental en esta materia es mirar el problema desde el ángulo de la víctima y no del culpable. El patrimonio de la víctima debe tenerse en

consideración en cuanto vale de menos por efecto del acto ilícito, para establecer el *quantum* indemnizatorio (MANZANARES 2008: 144).

13. CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LA SEPARACIÓN DE HECHO

A continuación analizaremos los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la indemnización del daño por la causal de separación de hecho, dentro del contexto del *divorcio remedio*.

13.1. EL DAÑO EN EL DECAIMIENTO DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

En la Casación No. 606-2003-SULLANA, de fecha 11 de julio del 2003, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 01 de diciembre del 2003, el Tribunal Supremo estableció la doctrina de que “todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable”. En el sexto considerando la Corte indicó:

[...] todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio.

Criterio que ha sido ratificado en las posteriores Casaciones, en las que la Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema (Véase Casaciones Nos. 2680-2004-LIMA, 3090-2006-LIMA y 2802-2007-LIMA).

Según se aprecia, la Corte Suprema estimó que el divorcio implica perjuicio para ambos consortes, ya que éstos no lograron consolidar una familia estable. En efecto, con la disolución del vínculo matrimonial se frustra el proyecto matrimonial de las parejas. Por otro lado, el divorcio también perjudica a la parte más débil, que generalmente es la mujer, que se dedica a labores domésticas y a la crianza de los hijos.

La Corte Suprema estimó que el Juez debe necesariamente pronunciarse sobre la existencia o no de un cónyuge perjudicado, para quién debe fijar una indemnización o, en su defecto, adjudicar bienes de la sociedad conyugal.

Sin embargo, en la Casación 2178-2005-LIMA, la Sala Transitoria de la Corte Suprema, declaró infundada el recurso de casación interpuesto por la causal de inaplicación del artículo 345-A del Código Civil, sosteniendo que “de no existir cónyuge perjudicado no procede la indemnización”.

13.2. NATURALEZA DEL DAÑO CAUSADO

La Corte Suprema inicialmente precisó que en la separación de hecho el daño indemnizable es el daño moral y daño a la persona. En la Casación No. 2802-2007-Lima, de fecha 11 de marzo del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema fijó la suma de cinco mil nuevos soles, por concepto de indemnización por daño moral y daño a la persona, a favor de la demandada. Asimismo, en la Casación No. 3090-2006-Lima, de fecha 02 de mayo del 2007, la citada Sala Suprema también estableció una indemnización a favor de la

demandada, por concepto de daño moral y personal ascendente a la suma de dos mil quinientos nuevos soles.

En la Casación No. 4921-2008-LIMA, de fecha 14 de mayo del 2009, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 02 de diciembre del 2009, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha acogido la tesis de que en la separación de hecho el daño ocasionado es el *daño al proyecto de vida*. De otro lado, la Sala ha introducido el denominado *daño al proyecto de vida matrimonial*. La máxima instancia del Poder Judicial señaló:

[...] Que respecto a la indemnización, como medida a favor del cónyuge perjudicado, esta Sala de Casación viene destacando, dentro del marco de ruptura de la relación matrimonial por separación de hecho, la existencia del daño a la persona prevista en el artículo 1985 del Código Civil, en la forma de daño al proyecto de vida, en este caso, del proyecto de vida matrimonial, entendido como aquel que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio y por ende idearon, escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos, para dicho fin, los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiesta en que uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor y aquel asume la de cuidado, crianza, protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho [...] (duodécimo considerando).

Más adelante, la propia Sala Suprema advierte que el daño al proyecto de vida matrimonial no debe ser entendido como el único que da lugar a la indemnización del daño. Al respecto precisó:

[...] Que el precitado supuesto de hecho no debe ser entendido como el único que da lugar a la indemnización de la que se está tratando, sino lo será toda

aquella situación que permita vislumbrar que uno de los cónyuges es el que resulta más beneficiado con el esfuerzo conyugal desplegado en función al proyecto de vida matrimonial que ahora se está truncando con la separación de hecho; que en tal virtud, el daño al proyecto de vida matrimonial llega a configurarse cuando el cónyuge que la invoca es el perjudicado con la separación, correspondiendo al juzgador la verificación de dicho daño en cada caso en concreto [...] (decimotercero considerando).

En la Casación No. 2802-2007-LIMA, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, advirtió que el demandante, durante la vigencia del hogar conyugal se ha venido desempeñando como miembro del Ejército del Perú, continuando con su profesión militar, de la cual es General en situación de retiro, percibiendo una pensión de cesantía en dicho grado; mientras que por su parte, la cónyuge, no ha podido ejercer alguna profesión u oficio durante dicho lapso, sino por el contrario se ha dedicado a las labores de la casa, y con la separación ocurrida entre ambos, ha visto truncado su proyecto de vida que en común tenía con el demandante, teniendo que recurrir a la acción judicial de alimentos, a través de la cual se le fijó una pensión ascendente al 25% de los haberes del actor. Por lo que, la Sala Suprema consideró que existen suficientes elementos de prueba que acreditan que la demandada ha sufrido un mayor perjuicio, con la disolución del vínculo matrimonial, el cual corresponde ser resarcido. En tal sentido, la Sala declaró fundado el recurso de casación, actuando en sede de instancia, dispuso que el demandante pague a favor de la demandada la suma de cinco mil nuevos soles por concepto de indemnización por *daño moral y daño a la persona*.

En la Casación No. 3090-2006-LIMA, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema determinó que “la recurrente asumió sola la responsabilidad de criar y

educar a los hijos de ambos, así como la conducción del hogar, una vez separados ambos cónyuges”. Por tanto, - dice el Colegiado – “estos son elementos conducentes a determinar la existencia de un perjuicio sufrido por la demandante (sic) a causa de la separación, *el que incluye la frustración de su proyecto de vida personal*”. La Sala concluye afirmando “estando acreditada la existencia de un *daño moral y personal*, atribuible al demandante, causado a resultas de la separación, el Juez está en la obligación de fijar un monto indemnizatorio”. Por lo que, la Sala Civil declaró fundada la casación, actuando en sede de instancia fijó una indemnización a favor de la demandada, por concepto de *daño moral y personal*, ascendente a la suma de dos mil quinientos nuevos soles, que deberá ser abonada por el demandante.

Finalmente, la Corte Suprema, en el Tercer Pleno Casatorio, en la Casación No. 4664-2010-Puno, precisó que el daño causado en la indemnización del daño en la separación de hecho es el *daño a la persona* y el *daño moral*.

13.3. PRUEBA DEL DAÑO

Otra de las cuestiones importantes que surge en la indemnización del daño derivado de la separación de hecho, es la prueba del daño causado.

La Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación No. 2548-2003-LIMA, de fecha 10 de agosto del 2004, ha establecido que para configurar el daño moral o personal, “debe probarse el desmedro que se ha sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño

que puede llegar a ser cuantificable económicamente o patrimonialmente por el Juez”.

En la Casación No. 4921-2008-LIMA, la Sala Civil de la Corte Suprema determinó que el Juez debe apreciar si existe un cónyuge e hijos perjudicados con la separación de hecho, de quienes velará por su estabilidad económica. Para determinar ello, *obviamente apreciará las pruebas actuadas en el proceso*. La Corte Suprema indicó que si no existen medios probatorios de la existencia de la parte perjudicada no está obligada a indemnizar, variando su posición original. Sobre el particular, la Corte Suprema precisó:

[...] para la verificación de la existencia del cónyuge e hijos perjudicados resulta evidente que el juez apreciará los medios probatorios actuados en el proceso respectivo; lo que significa que el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica, de acuerdo al principio constitucional de motivación escrita de las resoluciones judiciales prevista en el artículo 139, inciso 5 de la Constitución; de tal modo que no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo [...].

En la Casación No. 955-2006-SAN MARTÍN, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que tanto la Sentencia apelada de Primera Instancia como el Colegiado Superior han establecido que la demandada no ha acreditado los hechos alegados en su solicitud indemnizatoria, por lo que no procede fijar reparación del daño (considerando sexto). Además, agregó que “ésta Sala Civil en acciones similares ha

establecido que teniéndose en cuenta que el pedido de separación por causales objetivas no constituye un hecho antijurídico, no genera obligación de reparación, salvo prueba debidamente acreditado”.

Finalmente, la Corte Suprema, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno, estableció que la indemnización debe ser probada. El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulta alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la Ley. No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil.

13.4. MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

La Corte Suprema ha acogido el criterio de la *prudencia* para fijar el monto de la indemnización del daño derivado de la separación de hecho.

Así, en la Casación No. 3710-2006-LIMA la Sala Civil Transitoria señala: “[...] este Supremo Tribunal, al amparo del principio de celeridad procesal, y ante la inminencia de la causal invocada, estima conveniente actuar en sede de instancia y fijar, prudencialmente, el monto resarcitorio a favor de la cónyuge perjudicada, como se ha efectuado en otros procesos judiciales”.

En la citada Casación, la Corte Suprema declaró fundado el recurso interpuesto; nula en parte la recurrida en el extremo que confirma la Sentencia del a quo que declara sin lugar la indemnización por daño personal o moral; y, revocando en ese extremo; al amparo del artículo trescientos cuarenticinco –A del Código Civil fijó una indemnización, por el perjuicio causado, ascendente a la suma de dos mil nuevos soles que el actor deberá abonar a favor de la emplazada.

En la Casación No. 3973-2006-LIMA, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en el considerando sétimo señaló que “los bienes no patrimoniales no pueden ser evaluados pecuniariamente de una manera tasada, por lo que cuando se ven lesionados, su reparación se debe fijar en una suma que a criterio del juzgador de mérito produzca una satisfacción equivalente al desasosiego sufrido”. Además, agrega que “la estimación del daño no patrimonial la debe hacer el Juez equitativamente, como establecen los artículos 1984 y 1985 del Código Civil en el caso de la responsabilidad extracontractual y mandan los artículos 1322 y 1332 del mismo Código en el caso de incumplimiento de obligaciones”. Finaliza, concluyendo que “ese criterio corresponde al prudente arbitrio del Juez de mérito”.

En la indemnización del daño en la separación de hecho puede aplicarse el criterio de la *prudencia*, sin embargo, ha existido casos en los cuales la Corte Suprema determinó la reparación en forma exagerada. Por ejemplo, en la Casación No. 3973-2006-LIMA, de fecha 13 de diciembre del 2006, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema confirmó el monto de \$ 30,000.00 dólares

americanos que el Colegiado de Segunda Instancia fijó como indemnización a favor de la esposa perjudicada.

De la citada Casación, se tiene que la demandante solicitó la suma de \$ 300,000.00 dólares americanos, por concepto de daño moral. El Juez de Primera Instancia fijó dicha indemnización en la suma de \$ 100,000 dólares americanos. La demandante apeló y en Segunda Instancia se determinó en la suma de \$ 30,000.00 dólares americanos. En sede Casatoria, ante el requerimiento de la actora, se confirmó el monto asignado por el Colegiado de Segunda Instancia.

El Juez de Primera Instancia en su Sentencia consideró el hecho de que la demandante contrajo matrimonio muy joven, lo que habría impedido su desarrollo profesional y laboral; y, además se merituó las testimoniales de los hijos y la *capacidad económica del demandante* (considerando tercero).

El Colegiado de Segunda Instancia argumentó que el actor rompió la cohabitación y frustró el proyecto de vida de la demandada, por lo que coincide con la apelada en que debe indemnizarse, pero que el monto debe señalarse *prudencialmente*, por lo que en la parte resolutive fija por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma de treinta mil dólares americanos (considerando cuarto).

La Sala Suprema confirmó lo resuelto por el Colegiado de Segunda Instancia argumentando respecto al *quantum indemnizatorio*: “al no haber prueba que lo indique, su determinación es consecuencia de una apreciación puramente subjetiva”. La Corte Suprema realizó la siguiente argumentación:

[...] El término "prudencial" que se utiliza en la de vista, no es carente de contenido en Derecho, pues deriva del término "prudencia" que es aquella virtud que permite distinguir lo bueno de lo malo, que evoca la moderación, el equilibrio, la cordura, la sensatez, y que a su vez deriva del vocablo latino "*prudentia iuris*", virtud clásica que caracterizaba a los juristas [...].

Dicha Sentencia Casatoria ha sido criticada por lo exagerado de su *quantum indemnizarlo*. Así, LEÓN (2007:79) señala:

[...] Las razones que deben de haber llevado a nuestros jueces de mérito a conceder tan inusual suma son fáciles de intuir. Ante todo, es claro que se ha prestado atención a la situación económica del causante de la separación conyugal, seguramente próspera e idónea para la aplicación de una satisfacción pecuniaria de miles de dólares que resultaría impracticable respecto de aquella inmensa masa de la población que subsiste percibiendo la remuneración mínima vital. En la misma medida, parece haber sido decisiva la falaz idea de que los perjuicios endofamiliares alegados tuvieron un efecto de frustración del mentado "daño al proyecto de vida" de la demandada, motivo que por sí solo parece haber bastado para servir de base a una ponderación judicial tan severa del quantum resarcitorio [...].

Nosotros nos aunamos a la crítica formulada por LEÓN. Nos parece exagerado que la Corte Suprema haya fijado una suma excesiva, sin realizar un análisis sesudo de la naturaleza del daño causado a la parte perjudicada con la separación de hecho. Sin embargo, consideramos que la *prudencia*, siempre es un criterio subjetivo.

13.5. DETERMINACIÓN DEL DAÑO: DE OFICIO O A SOLICITUD DE PARTE

En la Casación No. 606-2003-SULLANA, de fecha 11 de julio del 2003, publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 01 de diciembre del 2003, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, sostuvo la tesis de que el Juez de

oficio debe disponer la indemnización a favor del cónyuge perjudicado. La Sala lo precisó en los siguientes términos:

[...] los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio [...].

Igual criterio sostuvo en las Casaciones Nos. 208-2004-PIURA; 2680-2004-LIMA; y, 2449-2006-CUSCO, señalando que el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, es una norma imperativa, que exige al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause.

No obstante que la Corte Suprema estableció que la indemnización del artículo 345-A del Código Civil debe fijarse obligatoriamente de oficio por parte del Juez; sin embargo, en algunos casos estimó que esta debía ser a solicitud de parte. En la Casación No. 2548-2003-LIMA la máxima instancia del Poder Judicial señaló:

[...] Que, el acotado artículo, no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues esta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación del cónyuge perjudicado, y en segundo lugar, a la indemnización de la inestabilidad económica de éste en caso de declararse fundada la demanda [...] (Diario Oficial "El Peruano" del 30 de noviembre del 2003).

La Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación No. 2548-2003-LIMA, de fecha 10 de agosto del 2004, señaló que el artículo 345-A

del Código Civil no contiene un mandato imperativo. La Sala textualmente señala:

[...] Que, el acotado artículo, no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues ésta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación de la inestabilidad económica de éste, en el caso que se declare fundada la demanda, por consiguiente de acuerdo a lo expuesto, no resulta amparable la pretensión del recurso de casación en este extremo [...].

La Corte Suprema, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno, unificó las posiciones anteriores y estableció que la indemnización se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

La Corte Suprema en la aludida Casación ha indicado que el Juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el

divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

Igualmente, la Corte Suprema ha precisado que no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello. Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los “perjuicios”.

13.6. IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN: CASO DE ADJUDICACIÓN DE UN BIEN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la Casación No. 458-2004-SULLANA, de fecha 14 de diciembre del 2004, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha precisado que habiéndose adjudicado en una transacción que un inmueble de la sociedad de gananciales se quedará a favor de la emplazada, no procede fijarse la indemnización por los perjuicios ocasionados a la parte perjudicada. La Corte Suprema realizó el siguiente razonamiento:

[...] Que, resulta pertinente agregar que la Sala de mérito, analizando la transacción que corre a fojas doscientos treintiseis, ha establecido que con posterioridad al pedido indemnización antes aludido, ambas partes arribaron a un acuerdo sobre la separación de bienes de la sociedad de gananciales, en el cual justamente se convino que el inmueble ubicado en la avenida De la Rosa número mil ciento cincuenta, Urbanización Jacarandá, San Luis, quedaría a favor de la emplazada, además se pactaron aspectos referidos al cumplimiento de obligaciones alimentarias así como la disposición de los bienes para cubrir las deudas sociales, con lo que se atiende a la estabilidad económica que precisa el artículo trescientos cuarenticinco A antes citado [...] (considerando sexto).

La Corte Suprema concluyó que el Colegiado de segunda instancia no ha incurrido en la causal de inaplicación del 345-A del Código Civil, motivo por cual declaró infundado el recurso de casación.

El razonamiento de la Sala Suprema resulta interesante en el sentido de que existiendo una transacción judicial sobre los bienes de la sociedad de gananciales, donde a favor de la emplazada se adjudicó un inmueble, ya no procede indemnización del daño.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los resultados de la investigación nos permiten concluir que existen diferencias entre la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y la reparación del daño en el *divorcio remedio*, respecto a su naturaleza jurídica, presupuestos y daños resarcibles en el Código Civil peruano.

SEGUNDA. La indemnización del daño en el *divorcio sanción* tiene la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y le son aplicables las reglas de esta responsabilidad.

TERCERA.- La indemnización del daño en el *divorcio remedio* tiene el carácter de una obligación legal. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la propia Ley. La Corte Suprema de Justicia de la República, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación No. 4664-2010-Puno también ha establecido que la indemnización del daño en la causal de separación de hecho tiene el carácter de una obligación legal, que se sustenta en la *solidaridad conyugal*.

CUARTA. Los presupuestos de la indemnización del daño en el *divorcio sanción* son: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución.

La *antijuricidad* está constituida por las causales del divorcio, que son hechos ilícitos porque violan los deberes del matrimonio. El *daño* está constituido por el perjuicio que sufre el *cónyuge inocente* como consecuencia de las causales del divorcio en que incurrió el *cónyuge culpable*. Se exige que entre la conducta del cónyuge causante del divorcio y el daño sufrido por el cónyuge inocente debe existir *relación de causalidad*, debiendo aplicarse la teoría de la *causa adecuada*. Finalmente, el *factor de atribución* es *subjetivo*, por la naturaleza de las relaciones familiares, admitiéndose únicamente el dolo.

QUINTA.- Los presupuestos de la indemnización del daño en el *divorcio remedio* son: la determinación del cónyuge perjudicado, el daño y la relación de causalidad. En principio, debe establecerse el cónyuge perjudicado con la separación de hecho, luego se debe precisar el daño ocasionado y, enseguida, debe analizarse la relación de causalidad existente entre la conducta de uno de los cónyuges y el perjuicio sufrido por el otro consorte. En este caso, no es necesario establecer factor de atribución alguno (dolo o culpa), ni conducta antijurídica como requisito para la procedencia de la indemnización, ya que la separación de hecho se sustenta en una causal objetiva.

SEXTA. El daño resarcible en el *divorcio sanción* es el *daño moral*. Este daño deriva de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, los que han sido causados por la conducta del cónyuge declarado culpable, en perjuicio del cónyuge inocente. El Código Civil peruano no admite la posibilidad de indemnizar el daño material o patrimonial.

SÉTIMA.- El daño resarcible en el *divorcio remedio* constituye el *daño a la persona*, dentro del cual también está comprendido el daño moral. El Código

Civil peruano precisa que debe indemnizarse el *daño personal*, lo cual ha sido interpretado por la doctrina nacional y por la Corte Suprema como *daño a la persona*.

OCTAVA. La Corte Suprema de Justicia de la República no ha analizado la indemnización del daño en el *divorcio sanción* desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual; en los pocos casos en que se han pronunciado solamente ha enfatizado las nociones de *cónyuge culpable* y el *legítimo interés personal del cónyuge inocente*.

NOVENA. La Corte Suprema se ha mostrado vacilante sobre el daño causado en el *divorcio remedio*. Inicialmente indicó que se trata de *daño moral* y *daño a la persona*; luego introdujo la noción del *daño al proyecto de vida matrimonial*; finalmente en el Tercer Pleno Casatorio Civil determinó que se trata de daño a la persona, dentro del cual incluye al daño moral.

DÉCIMA.- Finalmente, la Corte Suprema ha emitido pronunciamientos contradictorios sobre la determinación de oficio o a solicitud de parte de la indemnización en el *divorcio remedio*. En algunos casos sostuvo la tesis que los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando el cónyuge perjudicado no haya solicitado. En otros casos, contradictoriamente, afirmó que el artículo 345-A no contiene un mandato imperativo, pues se encuentra supeditada a la determinación de la inestabilidad económica del cónyuge perjudicado. Recién en la Casación No. 4664-2010-Puno, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema estableció como Precedente Judicial Vinculante que el Juez puede fijar la indemnización del daño a pedido de parte o de oficio; en el primer caso, podrá formularse en la demanda o en la

reconvención, también puede ser pedido después de los actos postulatorios; en el segundo caso, el Juez está habilitado para pronunciarse sobre la indemnización, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado en el proceso.

SUGERENCIAS

PRIMERA. Los jueces del Poder Judicial deben analizar la indemnización del daño en el *divorcio sanción* bajo los presupuestos de la responsabilidad civil: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución. Son de aplicación las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, con las particularidades de las relaciones familiares.

SEGUNDA. Los jueces del Poder Judicial en la indemnización del daño en el *divorcio remedio* deben tener en cuenta los siguientes presupuestos: cónyuge perjudicado, daño y relación de causalidad.

TERCERA. Para la apreciación del daño en el *divorcio sanción* y en el *divorcio remedio* el Juez debe tomar en consideración la gravedad del daño, en especial su intensidad, su duración, el estado de salud de la víctima, entre otras circunstancias, propias de cada caso.

CUARTA. La Academia de la Magistratura debe implementar cursos de capacitación sobre la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y *divorcio remedio*, con el objeto de una adecuada preparación de los magistrados.

QUINTA. El Congreso de la República debe modificar los artículos 345-A y 351 del Código Civil, a fin de superar las imprecisiones existentes; de esta manera propender a una adecuada indemnización a los cónyuges perjudicados con el divorcio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max

1997 *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, t. VII, Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.

ALTERINI, Atilio Aníbal

1992 *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*. 3ª Ed. (reimpresión). Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

ALFARO VALVERDE, Luis Genaro

2009 *Análisis jurisprudencial en torno a la indemnización derivada de la Separación de Hecho en el Perú*. En: Academia de la Magistratura. *Primer Concurso de Investigación Jurídica de la Jurisprudencia Nacional*. Lima: Mirza Editores e Impresores SAC.

ALVAREZ P., Pablo A.

2007 *Responsabilidad Civil originada por el Divorcio Sanción*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile.

ALPA, Guido

2001 *Responsabilidad Civil y Daño*. Lima: Gaceta Jurídica.

BARBERO, Omar U.

1977 *Daños y perjuicios derivados del Divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

BELLUSCIO, Augusto César

1991 *Divorcio*. En Lagomarsino, Carlos A. R. y Salerno, Marcelo U. (directores). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, pp. 916-928.

BELTRÁN PACHECO, Jorge

2002 *Responsabilidad Civil. Curso a distancia para Magistrados*. Lima: Programa de Actualización y Perfeccionamiento de la Academia de la Magistratura.

BOERO, Víctor L.

2000 *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. En NOVELLINO, Norberto J. (dir). *Derecho de daños. 4ª Parte (A)*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

BORGONOVO, Oscar.

2003 *Daños en las relaciones de familia*. En BORGONOVO, Oscar (dir) y CÚNEO, Darío L. (coord.). *Derecho de daños. 4ª Parte (B)*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

BONILLA, F.

1978 *Código Civil (1936)*. Lima: Editorial Mercurio S.A.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge

1989 *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 6ª Ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge

1991 *Responsabilidad civil derivada del divorcio*. En LAGOMARSINO, Carlos A. R. y SALERNO, Marcelo U. (dir). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. t. I. Buenos Aires: Editorial Universidad.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia

2003 *Reparación del daño moral al cónyuge inocente*. En GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Dir). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t.II. Lima: Gaceta Jurídica.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo

2003 *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*.
Lima: Palestra Editores.

CABELLO, Carmen Julia

1995 *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad
Católica del Perú.

CASTILLO, Melquíades

1996 *Filosofía del Derecho*. 3ª Ed., Lima: Editora Fecat.

CALLE CASUSOL, Jean Paúl

2002 *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima: Ara
Editores.

CARNEIRO, María Francisca.

2001 *Método de valuación del daño moral*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi
SRL.

CAJAS BUSTAMANTE, William

2008 *Código Civil*. Lima. Editorial Rodhas.

CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David

2008 *Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La
situación en Chile y en España*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35,
No. 3.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor

1991 *Derecho Familiar Peruano*. t. I. 8ª Ed. Lima: Librería Studium.

COLOMBO, Federico.

2010 *Indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y el
divorcio*. Fecha de consulta: 05/07/2010.

<http://www.salvador.edu.ar/aequitas-21203-2.htm>

CORBO, Carlos María.

2010 *Responsabilidad civil en los casos de separación personal y divorcio vincular*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Fecha de consulta: 05/08/2010.
<http://www.acader.unc.edu.ar>

CORRAL TALCIANI, Hernán

2005 *Derecho y Derechos de la Familia*. Lima: Grijley.

DARAY, Hernán

2000 *Daño psicológico*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1999 *La Responsabilidad Extracontractual*. 5ª ed., t. I y II. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo

1993 *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Editorial Civitas.

DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Messina.

2010 *La persona y el derecho. Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. En VEGA MERE, Yuri y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coord.). *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*, t.II. Lima: Idemsa.

DÍAZ CÁCEDA, Joel

2006 *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*. Lima: Jurista Editores.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2002 *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

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 S.A. Editores.

GACETA JURÍDICA

2003 *Pioner de Jurisprudencia 2003-2004. El Divorcio: respuestas jurisprudenciales*. Octubre 2003, Año 1, No. 4. Lima: Gaceta Jurídica.

GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino

2008 *Responsabilidad civil extracontractual y delito*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

GHERSI, Carlos Alberto

2002 *Daño moral y psicológico*. 2ª Ed., Buenos Aires: Editorial Astrea.

GHERSI, Carlos Alberto

1999 *Teoría General de la reparación de los Daños*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto

1997 *Derecho de Familia*. 2ª Ed., Lima: Editora Fecat.

LANDA ARROYO, César (comp.)

2005 *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Palestra Editores.

LE TOURNEAU, Philippe

2004 *La responsabilidad civil* (Trad. Javier Tamayo Jaramillo). Colombia: Legis.

LEÓN, Leysser L.

2007 *¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos*. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 12, No. 104, mayo 2007.

LEÓN H., Leysser.

S/F *Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana*. Ponencia en el Seminario de Responsabilidad Civil organizado por la Asociación Civil

“Foro Académico”, el 9 de octubre de 2007, en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio

1992 *Matrimonio*. En LAGOMARSINO, Carlos A. R. y SALERNO, Marcelo U. (dir). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. t. II. Buenos Aires: Editorial Universidad.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura.

2010 *El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales*. En Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2010. Disponible en www.indret.com. Fecha de consulta: 05/07/2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis

2006 *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: GrijLey.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto

1998 *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 10ª Ed. Santa Fe de Bogotá: Temis.

MANZANARES CAMPOS, Mercedes

2008 *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima: GrijLey.

MANTILLA PINEDA, Benigno

1996 *Filosofía del Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

MEDINA, Graciela

2008. *Daños en el Derecho de Familia*. 2ª Ed., Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

MONZÓN MAMANI, Pánfilo

2008 *Indemnización por Daños en el Divorcio por causal de Separación de Hecho*. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho. Universidad Nacional del Altiplano.

NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth

2002 *Las obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

NOVELLINO, Norberto J.

2000 *Acerca de la procedencia o no de la indemnización por daños en el Derecho de Familia*. En NOVELLINO, Norberto J (dir). *Derecho de daños*. 4ª Parte (A). Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

OSSORIO, Manuel

2004 *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario.

2003 *Responsabilidad civil derivada del divorcio*. Fecha de consulta: 10/12/2010. www.castillofreyre.com

PALOMINO MANCHEGO, José

2000 *Temas de Derecho Constitucional*. Lima: Proyecto de Autocapacitación Asistida "Redes de Unidades Académicas Judiciales y Fiscales" de la Academia de la Magistratura.

PLÁCIDO V., Alex F.

2001a *Manuel de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

PLÁCIDO V., Alex F.

2001b *Divorcio. Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio*. Lima: Gaceta Jurídica.

PLÁCIDO V., Alex F.

2004 *La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho*. En *Diálogo con la jurisprudencia*, No. 67, abril, 2004.

PLÁCIDO V., Alex F.

2008 *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

PERALTA ANDÍA, Javier Rolando

2008 *Derecho de Familia en el Código Civil*. 4ª Ed., Lima: Idemsa.

PEIRANO FACIO, Jorge

1981 *Responsabilidad Extracontractual*. 3ª Ed., Bogota: Editorial Temis.

PONCE VARGAS, Gino Alessandro

2007 *La necesidad de resarcir los daños y perjuicios producidos por el divorcio en Guatemala*. Tesis para optar el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos Profesionales de Abogado y Notario. Universidad San Carlos de Guatemala.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2001 *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. t. 9. España: Impreso en Mateu Cromo. Artes Gráficas, S.A.

REGRERO CAMPOS, Fernando (coord.)

2003. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª Ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.

REY DE CASTRO, Alberto

1972 *La responsabilidad civil Extracontractual*. Lima: s.e.

RIVERA, Julio César

1997 *Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, No. 5, Lima: Gaceta Jurídica.

ROMERO COLOMA, Aurelia María

2009. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.

ROSAS TORRE, Damián Enrique

S/F *Indemnización en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho*. Fecha de consulta: 10 de agosto del 2010.

<http://www.sabetodo.com/contenidos/EElyVkZluprKkZOTzg.php>

RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. 2, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUÁREZ FRANCO, Roberto

2001 *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.

SCALABRINO, Michelangela

2010 *El daño al proyecto de vida en los últimos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Una esperanza frustrada?*. En VEGA MERE, Yuri y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coord.). *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*, t.II. Lima: Idemsa.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo

2001 *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: GrijLey.

TANZI, Silvia Y.

2010 *El proyecto de vida y su recepción en el proyecto de reforma al Código Civil argentino*. En VEGA MERE, Yuri y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coord.). *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*, t.II. Lima: Idemsa.

TAMAYO JARAMILLO, Javier

1999 *De la Responsabilidad Civil*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal

2000 *Código Civil*. Lima: Idemsa.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal

2008 *Diccionario de Jurisprudencia Civil*. Lima: GrijLey.

URIBURU BRAVO, Jhoan H.

2009 *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano*. Lima: GrijLey.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique

2004 *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: GrijLey.

VALDIVIA DUEÑAS, Martín Teodorico

2007. *El divorcio por la causal de Separación de Hecho y sus efectos en la protección del cónyuge agraviado*. Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho. Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

VISINTINI, Giovanna

2002 *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Traducción, Edición y notas de Leysser L. León. Lima: ARA editores.

WOOLCOTT OYAGUE, OLENKA

2002 *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Lima: Ara Editores.

ZANNONI, Eduardo A.

2002. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. t. II. Buenos Aires: Editorial Astrea.

ANEXOS

ANEXO 01

PROYECTO DE LEY

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por tres principios básicos: fidelidad, cohabitación y asistencia recíproca. En las relaciones conyugales a veces no se cumplen dichos principios; ante ello aparece el divorcio como una respuesta jurídica al fracaso marital.

En la doctrina y legislación comparada existen dos sistemas sobre el decaimiento del vínculo matrimonial: *divorcio sanción* y *divorcio remedio*. En el primer caso, el divorcio se fundamenta en la culpabilidad de uno de los consortes, en la cual el cónyuge inocente tiene legitimidad para solicitar el divorcio. En el segundo caso, no se discute quién es el cónyuge culpable sino que se reconoce una situación de hecho: *el fracaso matrimonial*; la vida en común de los cónyuges es intolerable, por lo que el divorcio es un remedio, en la cual cualquiera de los cónyuges tiene legítimo interés para demandar.

Nuestra legislación acoge ambos sistemas: las causales inculpatorias propias del sistema *divorcio sanción* están normados en los incisos 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil; en tanto que las causales no inculpatorias del

sistema *divorcio remedio* se encuentran regulados en los incisos 12 y 13 del citado dispositivo legal.

El decaimiento del vínculo matrimonial tiene varias consecuencias jurídicas. Uno de estos efectos es la posibilidad de fijar una indemnización a favor del cónyuge inocente o perjudicado, lo que está regulado en nuestro Código Civil en los artículos 345-A y 351.

El segundo párrafo del artículo 345-A regula la indemnización del divorcio por la causal de separación de hecho, dentro del sistema *divorcio remedio*. Dicha norma textualmente señala:

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

Por su parte, el artículo 351 del Código Civil regula la indemnización por las causales inculpatórias del divorcio, el cual está inmerso dentro del sistema del *divorcio sanción*. Esta norma prescribe:

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

La aplicación de las citadas normas legales ha traído controversias en el ámbito doctrinario y jurisprudencial respecto a su naturaleza jurídica, presupuestos y daños resarcibles. Así, el artículo 345-A no precisa en forma

clara el daño indemnizable; sólo señala que el Juez ordenará la indemnización de daños, incluyendo el daño personal; no se dispone si tal indemnización procede de oficio o a pedido de parte. Asimismo, el artículo 351 ha tenido dificultades en su aplicación; la norma no prevé la posibilidad de que pueda analizarse dicha indemnización bajo los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual; tampoco se ha previsto que se pueda indemnizarse el daño material o patrimonial derivado del divorcio.

Es necesario darle mayor funcionabilidad a las mencionadas normas. En el caso del artículo 345-A debe adicionarse que también es indemnizable el daño moral; que la reparación del daño puede ser a solicitud de parte o de oficio; en éste último caso, siempre que la parte perjudicada haya alegado o expresado en el proceso. En el caso, del artículo 351 debe agregarse que también son de aplicación los artículos 1984 y 1985 del Código Civil, que son normas de la responsabilidad civil extracontractual.

ANÁLISIS DEL COSTO – BENEFICIO

La modificación legislativa que se propone no generará ningún costo económico para el Estado. Se trata básicamente de darle mayor funcionabilidad a las normas existentes sobre la indemnización del daño en el *divorcio sanción* y *divorcio remedio*. Por el contrario, los beneficios de la Ley serán considerables, no pudiendo realizarse una cuantificación exacta. El Juez se pronunciará adecuadamente al momento de indemnizar al cónyuge inocente y perjudicado con el divorcio. Consideramos que las principales favorecidas con la Ley serán las víctimas del divorcio.

LEY No.....

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1.- Agréguese al artículo 345-A del Código Civil el siguiente texto:

El daño moral también es indemnizable.

La indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal procede a pedido de parte, ya sea en la demanda o en la reconvencción. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios, en la cual se correrá traslado a la otra parte. El Juez puede pronunciarse de oficio, siempre que la parte perjudicada haya alegado o expresado durante el proceso.

Artículo 2.- Agréguese al artículo 351 del Código Civil el siguiente texto:

Son de aplicación para dicha reparación los artículos 1984 y 1985 del Código Civil.

ANEXO 02

FICHAS DE TRABAJO

1. FICHA BIBLIOGRÁFICA

MEDINA, Graciela.

2008 *Daños en el Derecho de Familia*. 2ª Ed., Santa Fe: Rubinzal –
Culzoni Editores.

2. FICHA TEXTUAL

MEDINA, Graciela.

Daños en el Derecho de Familia
Págs. 74-75

Tema: Naturaleza de la responsabilidad civil derivado del divorcio

“La mayoría de la doctrina nacional considera que la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio es de carácter extracontractual, porque se viola el deber genérico de no dañar a otro o *neminem laedere*, y por otra parte, cuadra señalar que las obligaciones matrimoniales son obligaciones legales, no son obligaciones libremente convenidas por las partes, por lo tanto resulta imposible la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual”.

3. FICHA DE RESUMEN

MEDINA, Graciela.

Daños en el Derecho de Familia

Págs. 74-75

Tema: Naturaleza de la responsabilidad civil derivado del divorcio

La responsabilidad civil del divorcio es extracontractual, porque viola el deber genérico de no dañar a otro y, además, debido a que el matrimonio no es un contrato.

4. FICHA DE PARÁFRASIS

PEIRANO FACIO, Jorge.

Responsabilidad Extracontractual

Págs. 25-26

Tema: Responsabilidad Civil

El derecho positivo debe regular la obligación de reparar el daño, pues de lo contrario se autorizaría el mantenimiento de conductas injustas, es decir, el derecho estaría aceptando aquello que por definición lo rechaza y tiende a destruirlo. El derecho no hace, pues, sino adoptar una elementalísima y necesaria medida de autodefensa contra la injusticia.

5. FICHA DE COMENTARIO

MEDINA, Graciela.

Daños en el Derecho de Familia

Págs. 74-75

Tema: Naturaleza de la responsabilidad civil derivado del divorcio

MEDINA (2008: 74-75) coincidiendo con la doctrina mayoritaria sostiene que la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio es de carácter extracontractual. Llega a esa conclusión porque se viola el deber genérico de no dañar a otro. Este principio ya se conocía en el Derecho Romano como *neminem laedere*.

Estamos de acuerdo con dicha posición porque en nuestro sistema jurídico el matrimonio no es un contrato, sino una institución jurídica.

ANEXO 03

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno

Demandante: René Huaquipaco Hanco

Demandada: Catalina Ortiz Velazco

Materia: Divorcio por la causal de separación de hecho

Clase de proceso: Proceso de Conocimiento

Sumario:

I. DEL PROCESO.	01
1. Demanda.	02
2. Contestación de la demanda por el Fiscal Provincial.	02
3. Contestación de la demanda y reconvención.	03
3.1. Contestación.	03
3.2. Reconvención.	03
4. Sentencia de primera instancia.	04
5. Sentencia de segunda instancia.	07
6. Recurso de casación: extremos de la sentencia de segunda instancia impugnada.	09
7. Causal del recurso y sus fundamentos.	10
II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.	11
III. CONSIDERANDO.	12
1. El Estado democrático y social de Derecho y los procesos de familia.	12
2. El principio de socialización del proceso y los procesos de familia.	17

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3.	La función tuitiva del Juez en los procesos de familia.	19
4.	Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia.	20
5.	Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia.	23
6.	El divorcio en el Código Civil.	24
	6.1. Clases de divorcio.	24
	6.2. Causales de divorcio.	28
7.	El divorcio por la causal de separación de hecho.	30
	7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.	30
	7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.	31
	7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.	35
	7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.	36
	7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.	36
	7.6. Diferencia con otras causales.	39
	7.7. Efectos legales.	41
8.	La indemnización en el divorcio por separación de hecho.	43
	8.1. Concepto.	44
	8.2. Naturaleza jurídica.	45
	8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.	53
9.	La indemnización o adjudicación de bienes: de oficio y a instancia de parte.	63
	9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.	64
	9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.	67
	9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.	72

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

10. La reconvencción formulada por la demandada en el presente proceso.	75
10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia.	75
10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia.	76
10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.	77
11. Juicio de fundabilidad del recurso de casación.	80
12. De los efectos de la sentencia y el precedente judicial.	82
IV. FALLO.	83
Primero: Infundado el recurso de casación	
Segundo: Precedente Judicial Vinculante	
FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO.	86
I. El fin de la comunidad política.	87
II. La sociedad y el Estado al servicio de la familia.	88
III. La solidaridad y los procesos de familia.	89
3.a) La solidaridad como principio social.	90
3.b) La solidaridad y el crecimiento común de los hombres.	90
3.c) La solidaridad familiar.	90
Parte Decisoria	91

**Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil**

**SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL
REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA DEL PERÚ**

Casación N° 4664-2010-Puno

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

I. DEL PROCESO.

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

1. DEMANDA.

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Mirian, nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesorias se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL.

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN.

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvencción en los siguientes terminos:

3.1. Contestación.

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que éste le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

3.2. Reconvencción.

Interpone reconvencción para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvenccional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US\$ 6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniendo padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvención sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condoni brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hanco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado *[debe decir 50%]*, tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvención por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y sólo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: a) recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor; así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 [debe decir 59 a 72]¹, las que no han sido cuestionadas por el demandante; b) promovió actos de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90², las que tampoco han sido cuestionadas; c) rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le

¹ De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 18 de diciembre de 1980, 18 de enero, 08 y 21 de julio de 1981, 03 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

² A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román - Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicológico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 06 de mayo del 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

comine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y d) inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre del 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58³, no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156. Estos hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorratio de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorratio de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de

³ De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro pre-universitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorrogo de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvencción) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370 del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA.

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA

EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa- toda vez que la reconvencción por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquélla, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictorias, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre del 2010.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

III. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.

Por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre del 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009 Lima⁴, 1585-2010 Lima⁵, 5512-2009 Puno⁶, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

⁴ En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

⁵ Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.

⁶ En este proceso en particular, el Juez de primera instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

III. CONSIDERANDO:

1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

1.- Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

La doctrina⁷ considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros⁸.

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva

⁷ Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

⁸ Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires - Eudeba, 2000, pp. 44-45.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

2.- Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un "mínimo de garantías" que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho "(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que *medios instrumentales* al servicio de ciertas finalidades"⁹.

3.- Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho¹⁰.

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo "...el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho". Y luego agrega el mismo autor que "Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho..."¹¹.

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de

⁹ Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. Cit., p. 50.

¹⁰ Constitución, artículo 43.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

¹¹ *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: "Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de 'todos' los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma"¹².

4.- Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional¹³ comprometido con la justicia social; el atributo *social* comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario¹⁴.

Häberle precisa además que "Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de 'Estado Constitucional', por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas"¹⁵.

Como puede apreciarse, una de la notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de

¹² Ob. Cit., p. 202.

¹³ La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.

¹⁴ Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.

¹⁵ Ob. Cit. p. 226.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

5.- La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio¹⁶.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogándose el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

6.- La denominación de Estado "democrático y social" de Derecho sólo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, "(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho"¹⁷. Tales condiciones materiales se dan no sólo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la

¹⁶ Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

¹⁷ Gonzáles Ojeda, Magdiel. *El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano*. En: Derecho y Sociedad N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democratico-de-derecho-y-el-estado-peruano>.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: "La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros"¹⁸; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares¹⁹. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro²⁰ resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil²¹, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo²², la intervención del Ministerio Público, entre otros.

¹⁸ Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.

¹⁹ Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: "El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina —como dijimos— numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden". En: *Manual de Derecho de Familia*, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.

²⁰ Mangione Muro, Mirta Hebe. *Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado*, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ibidem*).

²¹ Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: "Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

7.- En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde sólo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen²³.

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo 052.

2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

8.- Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso²⁴.

9.- Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente

mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana". En: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.

²² Cfr.: Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 84.

²³ Mangione Muro, Mirta Hebe. Ibidem.

²⁴ Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

10.- Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material²⁵ dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

²⁵ El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3. LA FUNCIÓN TUTITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

11.- El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

12.- La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia²⁶.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

*Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos-, los poderes derivados de

²⁶ Cfr. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima – Perú, Librería Communitas E.I.R.L. 2008, p. 163.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico²⁷.

4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

13.- Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvencción y contestación de ésta)²⁸, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía²⁹, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozaini señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*³⁰.

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter processus*³¹. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en

²⁷ Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

²⁸ Cfr.: Gozaini, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

²⁹ Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.

³⁰ Gozaini, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

³¹ Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen³².

14.- Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesorio. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda³³.

16.- Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes

³² Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. Ob. Cit., p. 273.

³³ Al respecto se ha sostenido que: "El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo". En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, JUS Jurisprudencia, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

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 (...)³⁴.

17.- En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la

³⁴ Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA.

16. Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes³⁵.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda 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

³⁵ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal³⁶.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternatively la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19.- También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

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

6.1. Clases de divorcio.

21.- La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio "absoluto" del divorcio "relativo", según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de

³⁶ Hinostrroza Minguez, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

6.1.1. Divorcio sanción.

22.- Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

"La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables"³⁷.

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: "De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares"³⁸.

6.1.2. Divorcio remedio.

23.- Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a

³⁷ Quispe Salsavilca, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2*; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp.73-75.

³⁸ Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, pp. 115-116.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó³⁹.

Con alguna razón se sostiene que "[e]l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio"⁴⁰; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de la finalidad social del instituto*, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio⁴¹. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar⁴² al divorcio remedio en:

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

³⁹ Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos "(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales".

⁴⁰ Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

⁴¹ Cfr.: Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., p. 116. Señalan estos autores: "Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración".

⁴² Respecto de esta sub clasificación, Díez Picazo y Gullón han referido: "Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse". (Ob. Cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*).

24.- A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (*divorcio contencioso*), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio⁴³.

25.- La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el

⁴³ Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: "En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros —a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos— se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas". (Ob. Cit., p. 426).

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: "Según una tendencia, la separación personal o el divorcio solo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges"⁴⁴.

6.2. Causales de divorcio.

26.- Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial⁴⁵. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de

⁴⁴ Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.

⁴⁵ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

cuerpos⁴⁶, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos⁴⁷.

27.- Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio⁴⁸. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen "conductas antijurídicas" que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: "La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosas*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir

⁴⁶ Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

⁴⁷ Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

⁴⁸ Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino "diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio". (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. Cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: "la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas". (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 439).

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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 ofensor⁴⁹.

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

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

7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

29.- Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.

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

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su

⁴⁹ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

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

7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.

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

7.2.1. Proyecto de Ley.

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985⁵⁰.

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

⁵⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.

⁵¹ Cf.: Plácido Vilcachagua, Alex P. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 211.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

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

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley 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.

7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, período 2000-2001.

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

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

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495.

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

31.- La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

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

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

32.- Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo⁵². El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

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

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería "(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de

⁵² Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: "En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado".

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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"*⁵³.

7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.

33.- Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: "La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos"⁵⁴.

También se asevera que la separación de hecho es "(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)"⁵⁵.

⁵³ Espinoza Espinoza, Juan. *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, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: "Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley". En: *Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?* Díké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF, p. 15.

⁵⁴ Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p.256.

⁵⁵ Kernelmajer de Carlucci, Aida. *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: "(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos"⁵⁶.

7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.

34.- La naturaleza jurídica de la causal, *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

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

7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.

35.- Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera

⁵⁶ Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero del 2006, se ha establecido que: "El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa".

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: *material, psicológico y temporal.*

7.5.1. Elemento material.

36.- Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común⁵⁷. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones – básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales⁵⁸.

7.5.2. Elemento psicológico.

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

⁵⁷ Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: “Este deber, llamado también ‘deber de cohabitación’, significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo”.

⁵⁸ Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: “(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta”. (*Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*; Ob. Cit.; p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. *Acercas de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*. JUS Doctrina y Práctica, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

está obligado de retomar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca refiere que: "(...) no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente"⁵⁹. 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 otros⁶⁰.

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 cónyuges⁶¹.

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

⁵⁹ Quispe Salsavilca, David. Ob.Cit., p.110.

⁶⁰ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 48.

⁶¹ Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, Ob. Cit., p. 124.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

7.5.3. Elemento temporal.

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

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan⁸².

7.6. Diferencia con otras causales.

39.- Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En

⁸² Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: "Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado". En: *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

40.- Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges⁶³, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que – por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias⁶⁴.

7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común.

41.- Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos⁶⁵, mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto

⁶³ Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

⁶⁴ En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

⁶⁵ Cfr.: Hinojosa Minguéz Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

sancionado por el legislador⁶⁶. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

7.7. Efectos legales.

42.- Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva⁶⁷; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

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

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, "(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al

⁶⁶ Cfr. Quispe Salsavilca, David Percy. Ob. Cit., pp. 119-122.

⁶⁷ Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (*ex nunc*), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 89. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares⁶⁸.

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

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

B) La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa"⁶⁹.

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

a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).

⁶⁸ Plácido Vilcachagua, Alex F. *Ibidem*; p. 51.

⁶⁹ En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: "Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otros medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil".

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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

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

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

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

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

8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO.

47.- Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

8.1. Concepto.

48.- En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada 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"⁷⁰. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, "al margen de toda responsabilidad".

49.- Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aún cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

⁷⁰ La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

50.- No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

51.- El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retomar al hogar.

Aun en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

52.- Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

8.2. Naturaleza jurídica.

53.- Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina⁷¹ se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

8.2.1. 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 o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrir las 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.

8.2.2. 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 matrimonial⁷², y al efecto se establece una pensión compensatoria.

8.2.3. 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 matrimonial⁷³. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta

⁷¹ Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznariaga, Luis. *La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf

⁷² "La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil –español–, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio". Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª del 01 de octubre de 1998.

⁷³ Zarraluqui, Luis Op. Cit. p. 3.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

8.2.4. Carácter de Obligación Legal.

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil⁷⁴. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad⁷⁵ y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

8.2.5. 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 causalidad⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. *La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?*, véase el texto en el siguiente enlace: <http://www.bibliojudica.org/libros/4/1943/23.pdf>. Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada "indemnización en caso de perjuicio", derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp.147 y ss.

⁷⁵ Zarraluqui, Luis, Op. Cit. p. 8-9.

⁷⁶ La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuricidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición⁷⁷, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial⁷⁸. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniendo en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

8.2.6. Nuestro sistema normativo.

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

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio

⁷⁷ Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo del 2010, en la que sostiene: "Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro".

⁷⁸ Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: "Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado". *Responsabilidad Civil derivada del divorcio*. Véase el texto completo en el siguiente enlace: http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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"⁷⁹.

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

55.- 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 indemnizatoria⁸⁰.

⁷⁹ *La Pensión Compensatoria*. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

⁸⁰ Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. Cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada *prestación compensatoire* en virtud de la cual "...uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho*. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

56.- En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor **Alex Plácido Vilcachagua**, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos- los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido⁸¹ debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal- consideramos que como la indemnización debe comprender no sólo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo⁸².

En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

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

⁸¹ El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

⁸² Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de "protección del conviviente más perjudicado" (STS de 27 de marzo del 2001, 17 de enero del 2003, 23 de noviembre del 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p.131.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58.- Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la "estabilidad económica" del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge⁸³.

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

59.- Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común⁸⁴, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En

⁸³ Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre del 2010, dejó establecido que: "Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)".

⁸⁴ La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: "En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño– haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría"⁸⁵.

60.- Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un *juicio de probabilidad*, más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta

es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal–, caso contrario, habrá una causa ajena⁸⁶.

61.- En el presente caso, para que proceda la indemnización (*juicio de procedibilidad*) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal– del *hecho objetivo* de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, *pues que se trata del divorcio remedio*. Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en sí, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales⁸⁷, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa

⁸⁵ Op. Cit. p. 8.

⁸⁶ Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. *El Daño y su Cuantificación Judicial*, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 2008, p. 16.

⁸⁷ En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil.

Cosa distinta es que en el ámbito del *juicio de fundabilidad* se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.

62.- En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa —en sentido amplio— cualquiera de los cónyuges⁸⁸, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización⁸⁹. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada

⁸⁸ En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: "(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)".

⁸⁹ La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: "Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación⁹⁰.

8.3.1. De la indemnización y los daños personales.

63.- Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte 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 edad⁹¹, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (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 otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

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.

⁹⁰ También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. *Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano*. En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima – Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

⁹¹ Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, la familia monoparental (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. *Familia Monoparental*, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

64.- En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la 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 declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas"⁹².

65.- El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí⁹³, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

66.- 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.

⁹² Ob. Cit., pp. 139-140.

⁹³ El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor, no puede importar una conducta antijurídica y, por tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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.

67.- El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego⁸⁴, 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 víctima⁸⁵.

68.- 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)⁸⁶.

69.- 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 humano⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. p. 477.

⁸⁵ Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.

⁸⁶ Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Ob. Cit., pp. 66-71.

⁸⁷ Fernández Sessarego sostiene que: "El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas,

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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 aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún 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"⁹⁸.

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(...)"⁹⁹. 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

condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto." En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, diciembre, 1996.

⁹⁸ Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Ob Cit. p., 412.

⁹⁹ Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

pública, una beca de estudios superiores)¹⁰⁰, precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

70.- En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida —y por extensión el de proyecto de vida matrimonial— a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁰¹, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto 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. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por 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 en sí.

¹⁰⁰ Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú, 2006, p. 124 y ss.

¹⁰¹ Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque "el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación". Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Sante Fe, Editorial Rubinzal Cultroni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie¹⁰². Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona¹⁰³, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322¹⁰⁴, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984¹⁰⁵ y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985¹⁰⁶.

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial¹⁰⁷. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente¹⁰⁸.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado¹⁰⁹.

¹⁰² Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.

¹⁰³ Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.

¹⁰⁴ Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

¹⁰⁵ Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

¹⁰⁶ Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

¹⁰⁷ Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.

¹⁰⁸ La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp, ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico - material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".

¹⁰⁹ Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. Cit., p 122.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral¹¹⁰. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona¹¹¹. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica¹¹².

72.- Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto¹¹³.

73.- Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está

¹¹⁰ Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: *Derecho de las personas*, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

¹¹¹ Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

¹¹² Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 208-212.

¹¹³ En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, "(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)".

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique "un cambio de vida" para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse "un mínimo" o "un máximo", sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros¹¹⁴.

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes¹¹⁵.

¹¹⁴ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

¹¹⁵ En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio del 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:

"Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

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

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

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

75.- Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.

76.- Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización¹¹⁶. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores¹¹⁷.

¹¹⁶ Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 57.

¹¹⁷ Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.

77.- La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.

78.- La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4 y 43 de la Carta Política).

79.- En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite - vía demanda o reconvención- una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?.

80.- En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, **sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios**, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello¹¹⁸. Si la parte

¹¹⁸ La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3018-2006 Lima, publicada el 03 de enero del 2008 en el Diario Oficial El Peruano, se ha establecido que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo "(...) de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal indole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3° del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los "perjuicios".

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico¹¹⁹ y ha sostenido que "...todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados —en amparo— habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera petitionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que "quien alega un hecho tiene que

casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]".

De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, se ha establecido que: "(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)".

¹¹⁹ Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

probarlo", vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho¹²⁰.

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: "(...) Sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales"¹²¹. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el

¹²⁰ STC 04800-2009-PA/TC del 05 de marzo del 2010.

¹²¹ STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio del 2010.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.

81.- Según el principio dispositivo, *nemo iudex sine actore*, el proceso sólo se inicia a instancia de parte, nunca *ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional¹²². No sólo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba¹²³. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

¹²² Hernando Devis Echandía define a la carga como: "un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales". En: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

¹²³ En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en "la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio". Camelutti Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. *Las reglas generales del onus probandi*. En: AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

82.- A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesoria a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvencción en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito¹²⁴, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso¹²⁵.

¹²⁴ Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

¹²⁵ Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvencción: "Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

83.- Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil¹²⁶.

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo¹²⁷.

84.- Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvenzional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio¹²⁸. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título

adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvencción". *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2009, pp. 525-550.

¹²⁶ Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;

La pretensión se sustente en un derecho indisponible;

Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o

El juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

¹²⁷ Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstructión. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

¹²⁸ El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso...".

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

Prejiminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa¹²⁹, sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra Constitución.

85.- Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.

86.- Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte - demandante o demandada- implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de

¹²⁹ En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: "Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su *decideratum*: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio". *La Congruencia procesal*, 1ª edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

87.- En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada¹³⁰. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural¹³¹; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la

¹³⁰ Cfr.: Peyrano, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2008, pp. 103-104.

¹³¹ La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata¹³², con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio¹³³.

9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.

88.- Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio *onus probandi*, esto es la carga de la prueba¹³⁴, la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente¹³⁵.

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la "noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez

¹³² Constituyen pruebas de actuación inmediata aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

¹³³ Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

¹³⁴ En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

¹³⁵ Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte¹³⁶.

89.- La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar.

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimará este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e

¹³⁶ Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales, Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley¹³⁷.

90.- No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribe a los hechos alegados por las partes, aún cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero si hechos respecto a los perjuicios, b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa¹³⁸.

Si bien el artículo 480, in fine, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales sólo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

¹³⁷ Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2386-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre del 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando: "Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos".

¹³⁸ Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: "... en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyan al mismo punto". *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

91.- En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO.

92.- La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvencción, solicitando que el demandante la indemnice por *daño moral y personal*, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por *daño moral*; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia.

93.- La sentencia entre otros, ampara la reconvencción de la demandada en la parte referida al *daño moral* y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

del divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia.

94.- La Sala Superior ha revocado sólo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas —en razón de que los hijos eran ya mayores de edad— y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el *daño y perjuicio* sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del *proyecto de vida matrimonial*, y que se trata de un supuesto de *responsabilidad civil familiar de tipo contractual*.

También la Sala estima que le corresponde velar por la *estabilidad económica de la consorte perjudicada* así como reparar los *daños a su persona* fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorratio de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvencción en parte, ha señalado un monto indemnizatorio sólo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de ésta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.

95.- En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvencción en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: "establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la(s) que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio".

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvenccional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvencción, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada – demandante o demandada – haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

96.- No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.

B) En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona¹³⁹. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino

¹³⁹ Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, aunque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada.

C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.

D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil¹⁴⁰. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito¹⁴¹.

97.- En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

¹⁴⁰ Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

¹⁴¹ El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intenciones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozáni, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

A) Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del *quantum* indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.

B) Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del "proyecto de vida matrimonial"; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan trucas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.

11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

98.- En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvención se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.

Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

99.- Como puede apreciarse de la reconvención, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un préstamo dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US\$.6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvención la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvención, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

100.- La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvención, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

101.- En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvencción y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no sólo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvencción, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvenccional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil.

12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL.

102.- El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República¹⁴² de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

¹⁴² El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

IV. FALLO:

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

Primero. Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre del 2010, expedida por la Sala Civil de San Román – Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.,

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

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.
2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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

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

3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

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

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

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

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

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

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

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

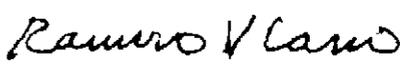
5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada,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

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

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

SS.


LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON


RAMIRO DE VALDIVIA CANO

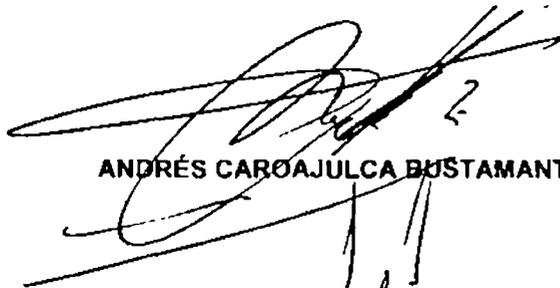
**Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil**



VÍCTOR TICÓNA POSTIGO



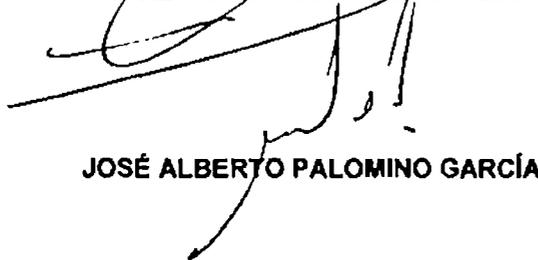
ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ



ANDRÉS CARVAJULCA BUSTAMANTE



SABINO LEÓN RAMÍREZ



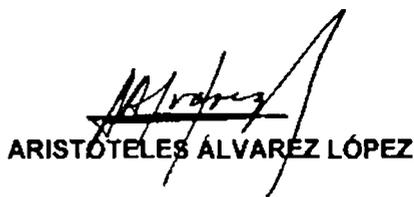
JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA



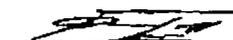
RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA



FRANCISCO MIRANDA MOLINA



ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ



Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora

LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:



En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

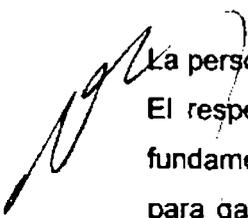
Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.



La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos sólo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades —lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas—.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirlas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir, o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas.

Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas sólo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. Laborem exercens, 19: AAS 73 1981)

III.- LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3.a) La solidaridad como principio social

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, "la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos". (Juan Pablo II, Carta enc. Sollicitudo rei socialis, 38:1988 565-566).

3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

3.c) Solidaridad familiar

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.

Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9).

También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio"; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

a) Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.

b) Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece.

Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

2.- En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.

3.- El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.

4.- En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.

5.- Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

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

Ramiro V Cano

Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO


Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora