

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
ESCUELA DE POST GRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO



**“INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO
POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO”**

TESIS

PRESENTADO POR EL ABOGADO :

PÁNFILO MONZÓN MAMANI

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO PRIVADO



PUNO - PERÚ

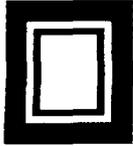
2008

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO

BIBLIOTECA CENTRAL

Fecha Ingreso: 18 SET. 2012

N° 00047



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO

ESCUELA DE POST GRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO



**“INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO POR
CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO”**

TESIS

**PRESENTADA POR EL ABOGADO
PÁNFILO MONZÓN MAMANI**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE

**MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO PRIVADO**

PUNO - PERÚ

2008

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POST GRADO

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Privado

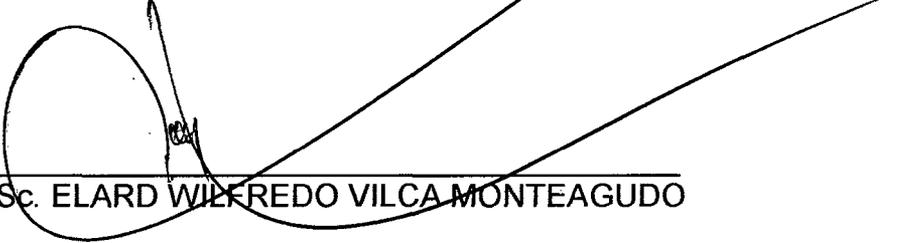
TESIS

“INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO”

Presentada a la Dirección de la Maestría en Derecho de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, para optar el Grado Académico de MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO con mención en DERECHO PRIVADO.

APROBADO POR:

Presidente


M.Sc. ELARD WILFREDO VILCA MONTEAGUDO

Primer Miembro


Dr. OSWALDO MAMANI COAQUIRA

Segundo Miembro


Dr. BORIS ESPEZUA SALMON

Asesor de Tesis


M.Sc. JOSÉ ALFREDO PINEDA GONZALES

A MI ESPOSA GREGORIA
E HIJAS KAROLTH JESSICA
Y SHIOMARA YAMILE, POR SU
CONSTANTE ALIENTO Y APOYO
EN MI SUPERACIÓN
PROFESIONAL.

“De lo que se trata es de lograr una justicia menos formalista y menos ciega, más afinada, más adecuada a los litigantes y más rica en contenido humano; de brindar al Juez todos los elementos que le permitan discernir una justicia más auténtica a esos seres que han llegado ante sus estrados a reclamarla”

GUILLERMO A. BORDA

ÍNDICE

ABSTRAC	12
RESUMEN	15
INTRODUCCIÓN	18

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Descripción del problema	21
1.3.- Antecedentes	25
1.4.- Justificación	26
1.5.- Objetivos	26
1.5.1.- Objetivo general	28
1.5.2.- Objetivos específicos	28
1.6.- Hipótesis	29
1.7.- Variables	30
1.7.1.- Variable independiente	30
1.7.2.- Variables dependientes	30
1.8.- Operacionalización de variables	30

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.- Tipo de estudio	31
2.2.- Métodos	31
2.3.- Técnicas de investigación	31

2.4.- Estrategias de recolección, procesamiento y análisis de la información.....	32
2.5.- Ámbito de estudio.....	33
2.6.- Unidades de análisis.....	33

CAPITULO III

MARCO TEÓRICO

3.1.- LA FAMILIA, EL DERECHO DE FAMILIA Y EL MATRIMONIO	34
3.1.1.- LA FAMILIA.....	34
3.1.1.1.- Concepto.....	34
3.1.1.2.- Naturaleza jurídica.....	36
3.1.1.3.- Características.....	37
3.1.1.4.- Importancia.....	39
3.1.1.5.- Fines.....	41
3.1.1.6.- La familia en la Constitución Política Peruana.....	41
3.1.1.7.- Principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia.....	43
3.1.2.- EL DERECHO DE FAMILIA.....	45
3.1.2.1.- Concepto.....	45
3.1.2.2.- Caracteres.....	46
3.1.2.3.- Naturaleza jurídica del Derecho de Familia.....	47
3.1.2.4.- Naturaleza jurídica de las normas del derecho de familia.....	50
3.1.3.- EL MATRIMONIO.....	55
3.1.3.1.- Concepto.....	55
3.1.3.2.- Fines.....	56
3.1.3.3.- Caracteres.....	57
3.1.3.4.- Naturaleza jurídica.....	57
3.1.3.5.- Requisitos.....	59
3.1.3.6.- Deberes que nacen del matrimonio.....	60
3.1.3.7.- Extinción.....	61

3.2.- EL DIVORCIO EN GENERAL Y EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	61
3.2.1.- EL DIVORCIO EN GENERAL.....	61
3.2.1.1.- Concepto.....	61
3.2.1.2.- Tesis.....	62
3.2.1.3.- Clases.....	70
3.2.1.4.- Causales.....	71
3.2.1.5.- Efectos.....	72
3.2.2.- EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	75
3.2.2.1.- La separación de hecho.....	75
a) Antecedentes y propuestas legislativas.....	75
b) Concepto.....	77
c) Modos de producción de la separación de hecho.....	80
3.2.2.2.- Requisitos o elementos de la causal.....	81
a) Elemento objetivo o material.....	82
b) Elemento subjetivo o psíquico.....	83
c) Elemento temporal.....	84
3.2.2.3.- Efectos jurídicos.....	85
3.3.- LOS DAÑOS EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	87
3.3.1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	87
3.3.1.1.- Concepto.....	87
3.3.1.2.- Clases.....	88
3.3.1.3.- Elementos.....	90
a) La antijuridicidad.....	90
b) El daño causado.....	93
c) La relación de causalidad.....	93
d) Los factores de atribución.....	97
3.3.1.4. FUNCIONES.....	98

3.3.2.- EL DAÑO.....	99
3.3.2.1.- Concepto.....	99
3.3.2.2.- Requisitos.....	100
a) Certeza del daño.....	100
b) Subsistencia del daño.....	100
3.3.2.3.- Clases.....	101
a) Criterios de clasificación.....	101
b) Los daños patrimoniales y extramatrimoniales.....	103
3.3.2.4.- Formas de resarcimiento del daño.....	109
3.3.2.5.- Criterios para la cuantificación de la indemnización.....	110
3.3.3.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	115
3.3.4.- LOS DAÑOS EN EL DIVORCIO EN GENERAL Y EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	117
3.3.4.1.- Antecedentes.....	117
3.3.4.2.- Tesis sobre la indemnización por daños en el divorcio.....	117
a) Tesis negativa.....	118
b) Tesis positiva.....	120
3.3.4.3.- Los daños indemnizables en el divorcio.....	122
a) Daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio.....	123
b) Daños derivados del divorcio en sí.....	124
3.3.4.4.- Tipos de daños indemnizables en el divorcio por causal de separación de hecho.....	124
3.3.4.5.- Interpretaciones del artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil.....	128
a) Fijación de oficio por el Juez.....	129
b) Fijación a petición expresa de parte.....	136
3.3.4.6.- Requisitos para fijar la indemnización.....	137

3.3.4.7.- Reparación por daños en el divorcio por causal de separación de hecho en la legislación comparada.	138
3.4.- LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO, CONGRUENCIA PROCESAL Y PREDICTIBILIDAD DE RESOLUCIONES JUDICIALES, Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	139
3.4.1.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO.	139
3.4.1.1.- Concepto.	139
3.4.1.2.- Características.....	141
3.4.2.- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL.....	142
3.4.2.1.- Concepto y alcances.....	142
3.4.2.2.- La congruencia procesal.....	148
3.4.2.3.- Flexibilización del principio.	152
3.4.3.- EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	156
3.4.3.1.- Origen y concepto.....	156
3.4.3.2.- Alcances, importancia y objetivos del principio.....	158
3.4.4.- LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	163
3.4.4.1.- Concepto y alcances.....	163
3.4.4.2.- Elementos.	166

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1.- PRESENTACIÓN DE DATOS, INTERPRETACIÓN Y CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS	169
4.1.1.- APLICACIÓN EN SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE VISTA EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTICULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL.	171
4.1.1.1.- Resultados de la revisión de sentencias de primera instancia expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho.....	173
1).- Demandas y/o reconvencciones con pretensión de indemnización por daños.....	173

2).- Sentencias con pronunciamiento y sin pronunciamiento sobre la indemnización por daños.....	177
3).- Fundamentos por los que existe pronunciamiento en las sentencias sobre indemnización por daños, sin haber sido demandado ni reconvenido.....	180
4).- Fundamentos por los que en las sentencias no existe pronunciamiento sobre indemnización por daños	183
4.1.1.2.- Resultados de la revisión de sentencias de vista expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho	186
1).- Sentencias de vista que aprueban o confirman las de primera instancia.....	186
2).- Sentencias de vista en los que vía integración de las sentencias de primera instancia, se pronuncian sobre la indemnización por daños.....	188
3).- Fundamentos para emitir pronunciamiento sobre la Indemnización por daños, vía integración de las sentencias de primera instancia.....	191
4).- Sentencias de vista que desaprueban y/o declaran nulas las de primera instancia por no haberse pronunciado sobre la indemnización por daños.....	193
5).- Fundamentos para desaprobar y/o declarar nulas las sentencias de primera instancia.....	195
4.1.2.- ANÁLISIS DE SENTENCIAS EN CASACIÓN EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, EN CUANTO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO.....	198
1).- Recursos de casación fundamentados en la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños.....	199
2).- Recursos de casación declarados procedentes por falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños.....	201
3).- Fundamentos para declarar procedentes los recursos de casación interpuestos.....	203
4).- Recursos de casación declarados fundados.....	206
5).- Fundamentos para declarar fundados los recursos de casación.....	209

4.1.3.- OPINIÓN DE JUECES DE FAMILIA Y VOCALES SUPERIORES SOBRE LA APLICACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL	212
¿Debe obligatoriamente el Juez pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, cuando no se haya demandado o reconvenido como pretensión?	213
4.1.4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL	216
¿Cuál es la naturaleza jurídica de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil?	217
4.1.5.- AFECTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y CONGRUENCIA PROCESAL	221
¿Al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, sin haber sido solicitado, afecta los principios, dispositivo y de congruencia procesal?	222
4.1.6.- POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA	225
¿Es necesario una modificación legislativa para posibilitar la aplicación uniforme de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, para de esa manera los jueces se pronuncien sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, haya o no sido demandado o reconvenido expresamente?	226
4.1.7.- AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y, CONSIGUIENTEMENTE, LA SEGURIDAD JURÍDICA	228
¿Al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica?	229
4.2.- PRUEBA DE HIPÓTESIS	237
 CONCLUSIONES	 239
SUGERENCIAS	243
BIBLIOGRAFÍA	245
 ANEXOS	

ABSTRACT

The research “Compensation for damage in the divorce by fact separation causal” is the study of the form of how law operators at the different jurisdictional authorities are pronounced on the damage compensation in favor of the damaged partner in cases of divorce by fact separation causal.

The set out problem is translated to express the following research question: What is the necessity which causes the judges to apply obligatorily what is established in the second paragraph of the article 345-A of the civil code, concerning the compensation by damages in favor of the damaged partner in the divorce by fact separation causal, in order to do not affect the principle of predictability concerning the judicial resolutions and in consequence, to the juridical security?

The purpose of our research was: to determine the judge’s need to apply in a mandatory way what is established in the second paragraph of the article 345-A in the Civil Code, concerning the compensation by damages in favor of the damaged partner in the divorce by fact separation causal in order to do not affect the principle of predictability concerning the judicial resolutions and in consequence, to the juridical security?

The stated problem has been addressed in four chapters the first and the second intended to approach the research problem established and the methodological design. The third is concerning the theoretical framework. Finally, the fourth is dedicated to the discussion of the research results.

The research method used in this study was qualitative – observational and of juridical descriptive type. As a design it considers a descriptive, explanation and prospective research model. Also, it is essentially of a juridical type.

The analysis units have been the sentences in cassation in the Civil Courts of the Republic Supreme Court of Justice in cases of divorce by fact separation causal, sentences of “sight” by the Puno and San Roman Civil Courts, concerning cases of divorce by fact separation causal in processes sent to enquiry or to appeal. Also, the sentences in first instance sent by the Specialized Family Courts of the Puno and San Roman Counties which accept justified the divorce by fact separation causal demands; Puno and San Roman Senior Members and Family Specialized Judges, and juridical norms related to divorce.

The techniques used in this research were: a survey with a form as instrument applied to the Puno and San Roman Family Specialized Judges and Senior Members. Also the analysis of documents with a record and summary form as instrument to analyze the sentences given by the Puno and San Roman Family Courts and Civil Courts, as well as the sentences sent in cassation by the Civil Courts of the Republic Supreme Court of Justice; also for the doctrine and the analysis of the relevant juridical norms.

We have reviewed and analyzed the sentences given in the divorce processes by fact separation causal inserted in the bundles of the years 2005 and 2006 of the Specialized Family Courts from Puno and San Roman, from the

Civil Superior Court of Puno and San Roman and the offprint of sentences in cassation of the Official Newspaper El Peruano.

The research results allow us to confirm the expressed hypothesis. It has been demonstrated that the law operators at the several instance are not applying uniformly what is stated in the second paragraph of the article 345-A of the Civil Code in relation to the compensation caused by damages in favor of the damaged partner in the divorce by fact separation causal, despite the fact that this rule is imperative, not requiring to be expressly pretended with the claim or counterclaim, which affects the principle of predictability of the judicial resolutions, and in consequence, to the juridical security which must guarantee to all people who request justice.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado: “INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO”, es el estudio de la forma como los operadores del derecho de los diferentes órganos jurisdiccionales, vienen pronunciándose sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en los casos de divorcio por causal de separación de hecho.

El planteamiento del problema se traduce en la formulación de la siguiente interrogante de investigación: ¿Cuál es la necesidad que los jueces apliquen obligatoriamente lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, para no afectar el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica?

El propósito de nuestra investigación radica en: Determinar la necesidad de los jueces de aplicar obligatoriamente lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, para no afectar el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.

El problema planteado, se ha abordado en cuatro capítulos: El primero y el segundo, destinados al planteamiento del problema de investigación y el

diseño metodológico; el tercero, referido al marco teórico; y, el cuarto, dedicado a los resultados de la investigación.

El método de investigación, que opta el presente estudio es cualitativo - observación y de tipo netamente jurídico - descriptivo. Lleva como diseño, el modelo de la investigación descriptivo, explicativo y prospectivo, y es de tipo netamente jurídico.

Las unidades de análisis han sido las sentencias expedidas en casación por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, en casos de divorcio por causal de separación de hecho; sentencias de vista expedidas por las Salas Civiles de Puno y San Román, en procesos elevados en consulta o apelación de divorcio por causal de separación de hecho; sentencias de primera instancia expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, que declaran fundada las demandas de divorcio por causal de separación de hecho; Vocales Superiores y Jueces Especializados de Familia de Puno y San Román; y, normas jurídicas relaciones al divorcio.

Las técnicas utilizadas en la presente investigación son: La encuesta, con su instrumento de la ficha, aplicado a los Jueces Especializados de Familia y Vocales Superiores de Puno y San Román; y, el análisis documental, con el instrumento de la ficha de registro y resumen, para el examen de las sentencias expedidas por los Juzgados de Familia y Salas Civiles de Puno y San Román, así como de las sentencias expedidas en casación por las Salas

Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República; también para la doctrina y el análisis de las normas jurídicas pertinentes.

Se ha revisado y analizado las sentencias expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho contenidas en los legajos correspondiente a los años 2005 y 2006 de los Juzgados Especializados de Familia de Puno y de San Román, de las Superiores Salas Civiles de Puno y San Román, y las separatas de sentencias en casación del diario Oficial El Peruano.

Los resultados de la investigación nos han permitido concluir en la confirmación de la hipótesis planteada. Se ha demostrado que los operadores del derecho de las diversas instancias, no vienen aplicando de manera uniforme lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, pese a que dicha norma es imperativa, no requiriendo sea expresamente pretendido con la demanda o reconvencción, lo cual afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, por consiguiente, a la seguridad jurídica que se debe garantizar a todo justiciable.

INTRODUCCIÓN

La familia, como una de las más antiguas instituciones sociales humanas, ha merecido el tratamiento que corresponde a una institución básica de la sociedad, cuyos principios fundamentales se encuentran en los tratados internacionales y la Constitución Política del Estado.

El matrimonio, constituye uno de los pilares fundamentales en que descansa la familia; en cuya virtud el hombre y la mujer se unen para perpetuar la especie humana; el mismo que genera relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia. Es dentro de los actos diarios del matrimonio, en que se dan la mano los sentimientos más puros y nobles del ser humano; pero, también dentro del devenir de la relación se presentan dificultades y obstáculos que afectan directamente contra el cumplimiento de los fines matrimoniales, decayendo la unión matrimonial. Entonces, el divorcio es una solución al fracaso matrimonial debido al incumplimiento de los deberes conyugales.

El divorcio, es un instrumento necesario frente a la problemática de un matrimonio en crisis, que produce la ruptura o disolución del matrimonio; considerando al divorcio la doctrina y legislación modernas, más que una sanción, como una solución.

Nuestro Código Civil, con las reformas introducidas por la Ley número 27495, sigue un sistema mixto, en que caben diversas vías para obtener la separación personal y el divorcio vincular, puesto que contempla causales subjetivas o inculpatorias, y las causales no inculpatorias. Es justamente que el

artículo 2 de la mencionada ley, que ha introducido en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, la separación de hecho de los cónyuges como causal de la separación personal y del divorcio y, en su artículo 4 incorpora el artículo 345-A en el Código Civil, que se refiere, entre otros, a la indemnización por daños, señalando en su segundo párrafo, que: “El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Debe señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, u ordenar la adjudicación preferente de bienes de las sociedad conyugal, independientemente de la pensión alimenticia que le pudiera corresponder”.

Entonces, una de las consecuencias del divorcio por causal de separación de hecho, es la protección de la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción a los sentimientos, entre otros, así como con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente dicho cónyuge. Pero, la aplicación de dicho dispositivo legal del Código Civil, por los órganos jurisdiccionales, no es uniforme.

Por ello, el presente estudio se aboca en verificar por qué los jueces u operadores del derecho de los órganos jurisdiccionales de distintas jerarquías no vienen aplicando de manera uniforme lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, y de esa manera conoceremos si ello afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.

Para el desarrollo de aplicación y ejecución del presente trabajo de investigación, el informe está estructurado en seis capítulos, como sigue:

Capítulo I, Planteamiento del Problema de Investigación. En el que se incorpora la descripción del problema, determinación del problema, el antecedente, la justificación, los objetivos correspondientes, hipótesis y la operacionalización de variables.

Capítulo II, Diseño Metodológico de la Investigación. Que consta del tipo de estudio, métodos, técnicas de investigación, análisis documental, la entrevista y estrategias de recolección, procesamiento y análisis de datos; ámbito de estudio y unidades de análisis.

Capítulo III, Marco Teórico. Da lugar a los estudios doctrinarios en relación a las variables de estudio, como son: la familia, el derecho de familia, el matrimonio, el divorcio en general y el divorcio por causal de separación de hecho, los daños en el divorcio, los principios dispositivo, congruencia procesal y, predictibilidad de resoluciones y la seguridad jurídica.

Capítulo IV, Resultados de la investigación. Son los resultados alcanzados durante la investigación, según las variables de investigación. En el que se incluyen las conclusiones, sugerencias, bibliografía y anexos

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

La familia, ha merecido el tratamiento que corresponde a una situación básica de la sociedad, cuyos principios fundamentales se encuentran en los tratados internacionales y la Constitución Política del Estado.

La familia, como célula básica primera y vital de la sociedad, no es una creación del Derecho ni de la ley, que sólo la regulan, sino obra

de la naturaleza humana, y se dirige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a lo personal como ser individual y social.

Es así que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16.3 señala que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Coherente con dicho principio, la vigente Constitución Política del Estado Peruano, establece en su artículo 4 que: “La comunidad y el Estado, protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son regulados por la ley”. Por su parte, el artículo 233 del Código Civil, establece que: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política del Perú”.

Uno de los pilares fundamentales en que descansa la familia, es el matrimonio. El matrimonio, es la institución social donde el hombre y la mujer se unen para perpetuar la especie, cuya unión trasciende en la Constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia, de ahí que la finalidad del matrimonio es hacer vida en común, en la medida de que se trata de una unión destinada a una

conurrencia de factores espirituales y materiales. A este respecto, nuestro Código Civil señala en su artículo 234 que: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formaliza con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común”.

Por cierto dentro de los actos diarios del matrimonio se dan la mano los sentimientos más puros y nobles del ser humano; sin embargo, dentro del devenir de la relación se presentan muchas veces dificultades y obstáculos que atentan directamente contra el cumplimiento de los fines matrimoniales, decayendo paulatina o violentamente, según los casos, la unión matrimonial. En este caso, estamos ante el decaimiento y, consiguiente, disolución del vínculo matrimonial.

La problemática referida al deterioro de las relaciones conyugales, por su propia naturaleza, ha sido y será objeto de polémicas y encendidos debates. En efecto, según consta a la mayor parte de los profesionales del Derecho involucrados en esta área, pocas son las situaciones jurídicas que encierran mayor contenido emotivo, lo que hace que las situaciones legales o judiciales con frecuencia dejan insatisfechas a las partes en conflicto.

La disolución del vínculo matrimonial, importa la extinción de la relación jurídica matrimonial y, por ende, de su contenido. Su causa puede ser la muerte de uno de los cónyuges o bien la sentencia judicial; siendo justamente la separación personal, que no disuelve el vínculo

matrimonial, y el divorcio, que extinguen el matrimonio, las situaciones que la ley prevé frente al conflicto matrimonial.

El divorcio, es un instrumento necesario frente a la problemática de un matrimonio en crisis, que produce la ruptura o disolución del matrimonio. La moderna doctrina y legislación, consideran al divorcio más que como una sanción, como una solución.

El Código Civil Peruano, puesto de manifiesto más aún con la reforma introducida por la Ley número 27495, sigue un sistema mixto, en que caben diversas vías para obtener la separación personal y el divorcio vincular; por cuanto contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema “divorcio-sanción” (artículo 333, incisos 1 al 11), y las causales no inculpatorias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges, del sistema “divorcio-remedio” (artículo 333, incisos 12 y 13).

Justamente, el artículo 2 de la Ley número 27495, del 07 de julio del 2001, ha introducido en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, la separación de hecho de los cónyuges, como causal de la separación personal y del divorcio; y, en su artículo 4 la misma Ley incorpora el artículo 345-A en el Código Civil, que se refiere, entre otros, a la indemnización por daños, señalando en su segundo párrafo que: “El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Debe señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, u

ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión alimenticia que le pudiera corresponder”.

Entonces, una de las consecuencias del divorcio por causal de separación de hecho, es la obligación del juez de señalar una indemnización por daños, a favor del cónyuge perjudicado. La aplicación de este dispositivo legal, por los órganos jurisdiccionales, no es uniforme, lo que demuestra o evidencia que no se viene interpretando debidamente, cuya falta de uniformidad atenta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, por ende, la seguridad jurídica, que consiste en la garantía que ofrece el sistema jurídico de mantener a cada persona o grupo de personas los derechos subjetivos que han sido reconocidos o debe presumirse que los han alcanzado, en cuya virtud suscita en las personas la convicción de que así debe ser.

1.2.- DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA.

La presente investigación pretende responder a la siguiente pregunta central:

¿Cuál es la necesidad que los jueces apliquen obligatoriamente lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, para no afectar el

principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica?.

1.3.- ANTECEDENTES.

En el ámbito en el que desarrollamos la investigación, que es el Distrito Judicial de Puno, no se ha encontrado otras investigaciones referidos a la temática abordada; pero no se descarta la posibilidad de que en otros Distritos Judiciales puedan existir investigaciones sobre el tema que tratamos.

1.4.- JUSTIFICACION.

El matrimonio genera un vínculo, el mismo que tiene un contenido personal y patrimonial, generando deberes y derechos. Pero, si la base de tales deberes y derechos ha desaparecido, porque el matrimonio se ha roto irremediablemente, el divorcio es una solución al fracaso matrimonial debido al incumplimiento de los deberes conyugales.

La Ley número 27495, ha introducido en el artículo 333 del Código Civil, la separación de hecho de los cónyuges, como causal de separación personal o de cuerpos y del divorcio, cuyo fundamento se encuentra en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, cual es el de hacer vida en común.

Uno de los efectos del divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges, es la protección de la estabilidad económica del

cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho, a que se refiere el artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción a los sentimientos, entre otros, así como con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente el cónyuge perjudicado por la separación, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades; por lo cual contempla la fijación de una indemnización por los daños o la adjudicación preferente de bienes sociales, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, dejando al prudente arbitrio del juzgador fijar una indemnización, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso. Indudablemente los daños son subjetivos, con consecuencias personales como extrapatrimoniales y patrimoniales, que incluyen el daño moral y el daño a la persona.

Entonces, es necesario verificar por qué los jueces de los órganos jurisdiccionales de distintas jerarquías no vienen aplicando de manera uniforme lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, y de esa manera conoceremos si ello afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica. En tal sentido, el estudio se justifica.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- OBJETIVO GENERAL.

Determinar la necesidad de los jueces de aplicar obligatoriamente lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, para no afectar el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.

1.5.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Conocer en qué medida se viene aplicando en las sentencias de primera instancia y de vista expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.
- Analizar las sentencias en casación expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.
- Conocer la opinión de los Jueces de Familia y Vocales Superiores, acerca de la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en lo que respecta a la indemnización

por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho.

- Determinar y explicar la naturaleza jurídica de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.
- Determinar y explicar si al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, sin haber sido demandado o reconvenido, se afecta los principios dispositivo y congruencia procesal.
- Proponer modificaciones legislativas y mecanismos jurídicos para la aplicación uniforme de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

1.6.- HIPOTESIS.

La inaplicación por los jueces de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE.

- Artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil.

7.1.2.- VARIABLES DEPENDIENTES.

- Principio de predictibilidad de resoluciones judiciales

- La seguridad jurídica.

1.8.- OPERACIONALIZACION DE VARIABLES.

Hipótesis	Variables	Indicadores	Técnicas	Instrumentos
La inaplicación por los jueces de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.	Artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil .	Sentencias expedidas en procesos de divorcio por causal de separación de hecho.	Análisis documental.	Fichas de registro.
	Principio de predictibilidad de resoluciones judiciales.	Sentencias en que se pronuncian y no se pronuncian sobre la indemnización por daños	Análisis documental y entrevistas a jueces.	Fichas de registro y de entrevistas.
	La seguridad jurídica.	Sentencias en que se fijan y no se fijan indemnización por daños ocasionados.	Análisis documental e interpretación jurídica.	Fichas de registro y de resumen.

CAPITULO II

DISEÑO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.- DISEÑO DE INVESTIGACION.

Lleva como diseño, el modelo de la investigación descriptivo, explicativo y prospectivo, y es de tipo netamente jurídico.

2.2.- METODOS.

El método de investigación, que opta el presente estudio es cualitativo - observación y de tipo jurídico - descriptivo.

2.3.- TECNICAS.

Las técnicas utilizadas en la presente investigación son:

- a) La encuesta, con su instrumento la ficha de registro, aplicado a los Jueces de Familia y Vocales Superiores de Puno y San Román.
- b) Análisis documental, con el instrumento de la ficha de registro y resumen, para el examen de las sentencias expedidas por los

Juzgados de Familia y Salas Superiores Civiles de Puno y San Román, así como de las sentencias expedidas en casación por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República; también para la doctrina y el análisis de las normas jurídicas pertinentes.

2.4.- ESTRATEGIAS DE RECOLECCION, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACION.

La labor de recolección de información de campo, lo realizó el investigador responsable, usando para ello las técnicas e instrumentos establecidos para tal efecto.

Se ha revisado y analizado las sentencias expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho contenidas en los legajos correspondiente a los años 2005 y 2006 de los Juzgados de Familia de Puno y de San Román, de las Superiores Salas Civiles de Puno y San Román, y las separatas de sentencias en casación del diario Oficial El Peruano, de dichos años, recogiendo la información en las fichas de análisis documental elaborados. Asimismo, se ha realizado entrevistas a los Jueces de los Juzgados de Familia y Vocales Superiores de las Salas Civiles de Puno y San Román, utilizando para ello las fichas de encuesta elaboradas para tal efecto.

El procesamiento de la información lo ha efectuado el investigador responsable, para lo cual se organizó, clasificó y tabuló los datos obtenidos utilizando diferentes instrumentos.

La información se ha analizado, utilizando los métodos elegidos para cada tipo de información, efectuándose gráficos estadísticos, para su posterior análisis, interpretación y contrastación.

2.5.- ÁMBITO DE ESTUDIO.

La investigación realizada tiene alcance nacional, por tratarse de la aplicación de un dispositivo legal nacional, por lo que no solamente se ha circunscrito al Distrito Judicial de Puno (Provincias de Puno y San Román), sino también a la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.6.- UNIDADES DE ANALISIS.

En la presente investigación, las unidades de análisis fueron:

- a) Sentencias expedidas en casación por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, en casos de divorcio por causal de separación de hecho.
- b) Sentencias de vista expedidas por las Salas Civiles de Puno y San Román, que declaran fundada las demandas de divorcio por causal de separación de hecho.
- c) Sentencias de primera instancia expedidas por los Juzgados de Familia de Puno y San Román, que declaran fundada las demandas de divorcio por causal de separación de hecho.
- d) Vocales Superiores y Jueces de Familia de Puno y San Román.
- e) Normas jurídicas relacionadas al divorcio.

CAPITULO III

MARCO TEÓRICO

3.1.- LA FAMILIA, EL DERECHO DE FAMILIA Y EL MATRIMONIO.

3.1.1.- LA FAMILIA.

3.1.1.1.- CONCEPTO.

En principio, no es posible delinear un concepto abstracto e intemporal de la familia. Existen tantos conceptos como autores hayan escrito sobre el tema, lo cual se debe a la percepción o punto de vista con que se le observe (sociológico, psicológico, biológico, jurídico, etc.). De ahí que no existe univocidad en lo que debe entenderse por familia, sobre todo desde el punto de vista jurídico, ya que en su formulación intervienen valores específicos.

Según el Diccionario de la Lengua Española¹, la familia es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntos.

Desde el punto de vista jurídico, como señala el maestro Cornejo Chávez², la familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho.

En sentido amplio, la familia es “el conjunto de persona unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad”.

En sentido restringido, la familia puede ser entendida como, el conjunto de persona 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 con uno solo de los padres. La familia extendida integrada por la anterior y uno o más parientes. Y, 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.

Lo expresado se refleja en las diversas legislaciones, incluyendo la nuestra, pues no se manifiesta lo que debe entenderse por familia, sino tan solamente se dedican a extender o restringir las

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: “Diccionario de la Lengua Española” T. IX, vigésima segunda edición, Q.W. Editores SAC, Lima, 2005, p. 703.

² CORNEJO CHAVEZ, Héctor: “Derecho Familiar Peruano” T. I, octava edición, Librería Studium, Lima, 1991, pp. 21 a 22.

relaciones familiares, teniendo en cuenta los afectos jurídicos que desean atribuirles.

Por ello, incluso, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la observación general 19, protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos, ha señalado que: “[...] el concepto de familia puede diferir aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”³.

3.1.1.2.- NATURALEZA JURÍDICA.

Señala Zannoni ⁴, la realidad de la familia, en el contexto social, plantea el problema de su naturaleza en el ámbito jurídico. Según este jurista, se pueden distinguir acerca de la naturaleza jurídica de la familia, las siguientes tesis:

- a) Tesis de la personalidad jurídica de la familia.
- b) Tesis de la familia como organismo jurídico.
- c) Tesis de la familia como institución.

³ NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Academia de la Magistratura, primera edición, Lima, 2004, p. 226.

⁴ ZANNONI, Eduardo A.; “Derecho Civil: Derecho de Familia” T.I, cuarta edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 17 a 22

Actualmente, las dos primeras tesis ya no son acogidas por la doctrina, es la tesis de que la familia constituye una institución la más acogida, aunque surgen los problemas cuando tiene que precisarse qué debe entenderse por institución.

La mayoría de los autores que destacan la naturaleza institucional de la familia, lo hacen para remarcar su carácter de entidad superior no sujeta a la voluntad de los individuos que la conforman. Pero, cuando se afirma que la familia es una institución jurídica no se postula que sea un abstracto, creado artificialmente por el Derecho. Se trata de un organismo de carácter social, pero que al ser regulado por normas jurídicas, de acuerdo con sus propias y particulares características, adquiere la calidad de institución.

Por ello, Diez-Picazo y Gullón⁵, con razón dicen que la familia no sólo es una institución social sino también jurídica dado que “se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal”.

3.1.1.3.- CARACTERISTICAS.

Se ha señalado que el problema de la definición de familia y sus características, se derivan del concepto que se tenga de dicha institución.

⁵ DIEZ-PICAZO, Luís y GULLON, Antonio: “Sistema de Derecho Civil” Vol. IV, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, p. 40.

El jurista CORRAL TALCIANI⁶, 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 la 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 de un grupo familiar, es denominado generalmente *affectio familiares*.
- 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 o por vinculaciones de sangre.

⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán: “Derecho y Derechos de la Familia”, primera edición, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, pp. 30 a 32.

- 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 encausar o dirigir la vida familiar. En efecto, siempre es posible identificar a uno o más de los integrantes que, en un clima de consenso, cariño y respeto mutuos, ejercen la dirección de la familia, y al cual o los cuales, los restantes miembros se sujetan.

3.1.1.4.- IMPORTANCIA.

La familia es importante tanto para el ser humano individual, como para el hombre en su dimensión social.

Afirma PERALTA ANDIA⁷, la familia es la “célula social por excelencia”, la más importante, porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad. De ahí que la familia es la base de

⁷ PERALTA ANDIA, Javier Rolando: “Derecho de Familia en el Código Civil”, tercera edición, Editorial Moreno S.A., Lima, 2002, p. 46.

la sociedad: en su elemento natural y fundamental; y, como tal, su importancia es esencial en la organización de la sociedad y del Estado. Ello explica por qué en las naciones civilizadas se protege a la familia.

La importancia de la familia es de tal naturaleza y trascendencia, pues constituye la célula 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, tales como el amor, el espíritu de ayuda, la solidaridad y otros. Además, es la primera escuela de formación de la persona y de la sociedad.

Socialmente, la familia es continuadora de las tradiciones sociales y políticas, las que se transmiten de generación en generación. Además, la familia es un factor primordial en la estabilidad social de los pueblos, ya que el respeto y sinceridad que rodean las relaciones familiares influyen en el recto orden social.

Por ello, una familia bien integrada es la base sólida para un Estado fuerte, una nación que se desarrolla progresivamente; al contrario, una familia disfuncional o desintegrada, será elemento perjudicial para el desarrollo de una nación.

3.1.1.5.- FINES.

Pese a que se han señalado innumerables fines que debe cumplir una familia, compartiendo con CORRAL TALCIANI⁸, consideramos que son tres las misiones o finalidades básicas que tiene la familia:

- a) **Natural.** Consiste en la conservación del género humano o perpetuación de la especie, a través de la vinculación entre el hombre y la mujer.
- b) **Económica.** Consistente en la obtención del sustento para todos los familiares, así como de las mejores condiciones en procura de su desarrollo. No solamente se refiere a los alimentos y techo, sino también a la satisfacción de otras necesidades, como son la educación, salud, etc.
- c) **Moral y espiritual.** El mutuo socorro que se prestan, entre los familiares, la comunidad de vida entre ellos, y el cuidado y educación de la prole.

3.1.1.6.- LA FAMILIA EN LA CONSTITUCION POLITICA PERUANA.

La Constitución Política del Estado Peruano, reconoce a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad. Además,

⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán: ob. cit., p. 29 a 30.

coloca a la familia bajo la protección del Estado, protección que no solamente debe ser por el Estado sino también por la misma comunidad.

Señala la vigente Constitución de 1993, en su artículo 4 que, “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”. Agrega, “la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

A decir de PLACIDO VILCACHAGUA⁹, el reconocimiento de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, como derecho a “la protección de la sociedad y el Estado” constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta amplia garantía se complementa con la que consagra el derecho del individuo a ser protegido contra toda ingerencia ilegal, arbitrario o abusivo a su vida familiar consagrado en los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. “La Familia en la Constitución Peruana” en La Constitución Comentada T.I, primera edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 349 a 350.

Esta protección, presupone la existencia de una familia; impone a los poderes públicos el deber de proteger jurídicamente a la familia, evitando su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo doméstico contrarios al modelo familiar.

Finalmente, todos los textos internacionales, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, proclaman que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, situando esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas.

3.1.1.7.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA.

Siguiendo la corriente contemporánea de introducir en las Constituciones nacionales normas referidas a la familia, la Constitución Política del Perú, también contempla principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano.

Los principios relativos a la familia en la Constitución Peruana, son los siguientes:

- a) **Principio de protección de la familia.** Contemplado en el artículo 4, en que se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia,

reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Considera a una sola familia, sin considerarse base de constitución legal o de hecho.

- b) **Principio de promoción del matrimonio.** En el mismo artículo 4, se precisa que la comunidad y el Estado promueven el matrimonio, lo cual importa también el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación.

- c) **Principio de amparo de las uniones de hecho.** Contemplado en el artículo 5, al establecer que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Es de hacer presente que no se ha adoptado la teoría de la equiparación al estado matrimonial.

- d) **Principio de igualdad de categorías de filiación.** Contenido en el artículo 6, en cuya virtud todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. Los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

3.1.2.- EL DERECHO DE FAMILIA.

3.1.2.1.- CONCEPTO.

Al igual que sobre la familia, se han dado una serie de conceptos acerca del Derecho de Familia.

Así, PLACIDO V.¹⁰, señala que “el Derecho de Familia está integrado por un conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos jurídicos familiares”.

Por su parte, para PUIG BRUTAU¹¹, “el Derecho de Familia regula las relaciones entre sus miembros. El núcleo lo forman las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y entre los padres e hijos. Pero hay que añadir las relaciones entre parientes en grado más distante, que forma la familia en su sentido más amplio”.

De ello podemos conceptuar que el Derecho de Familia, es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones familiares. Por su parte, la relación jurídica familiar es toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes y atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines e intereses familiares.

¹⁰ PLACIDO V., Alex F.: “Manual de Derecho de Familia”, primera edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 18.

¹¹ PUIG BRUTAU, José: “Compendio de Derecho Civil” Vol. IV, primera edición, BOSCH Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990, p. 1.

3.1.2.2.- CARACTERES.

El derecho de familia tiene caracteres peculiares o singulares respecto de otras ramas del Derecho Civil, debido a que tiene un fundamento natural que no existe en el resto de relaciones jurídicas que puedan existir entre las personas.

Para PALACIO PIMENTEL¹², son cuatro las características del Derecho de Familia, a saber: Carácter natural, carácter local o nacional, carácter ético y carácter público.

Sin embargo, PLACIDO V.¹³ considera como caracteres del Derecho de Familia, los siguientes:

- a) La influencia de las ideas morales y religiosas en la adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta, y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, lo que hace que su regulación sea un problema de política legislativa.
- b) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se les califique de derechos-deberes, o bien de poderes-funciones.

¹² PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo: "Manual de Derecho Civil" T. II, Vol. 2, segunda edición, Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.Ltda., Lima, 1987, p. 702.

¹³ PLACIDO V., Alex F. "Manuel de Derecho de Familia", pp. 21 a 22.

- c) El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladores de los efectos patrimoniales de dicha organización.
- d) La mayor restricción de la autonomía privada que en otras ramas del Derecho Civil, pues casi todas las normas son imperativas.
- e) La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

3.1.2.3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE FAMILIA.

Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, a lo largo de la evolución histórica de dicha rama del Derecho, se han planteado las siguientes concepciones:

- a) **Naturaleza privada.** Es la concepción tradicional, que reconoce la naturaleza privatística del Derecho de Familia; esto es, consideran al Derecho de Familia dentro del campo del Derecho Privado; cuyos fundamentos son que el Derecho de Familia ha sido parte del Derecho Civil, los intereses protegidos o tutelados por las normas jurídicas son intereses privados o íntimos de los que se conforman el grupo familiar, los sujetos de relación son personas particulares pero no el Estado, y el fin principal de las normas es siempre la satisfacción de intereses individuales, mas no generales.

- b) **Naturaleza pública.** Se sostiene que el Derecho Público tiene como sujeto activo al Estado y como subordinados a los particulares, consiguientemente el orden público constituye un límite apreciable a la autonomía de la voluntad que se manifiesta con especial amplitud en el Derecho de Familia. Los argumentos que sustentan esta posición son que las normas del Derecho de Familia son imperativas o de orden público ya que sus normas son inexcusables y están destinadas a satisfacer el interés familiar, pues los intereses tutelados son de naturaleza extramatrimonial y predominante públicos en que el Estado interviene para fortalecer los vínculos y garantizar las relaciones dirigiéndola a la consecución de su fines.
- c) **Naturaleza mixta.** Señalan que las normas de Derecho de Familia tienen un carácter intermedio o mixto entre el Derecho Privado y el Público. Se enfatiza en la índole peculiar de este derecho, así como se cuestiona su ubicación dentro del Derecho Privado o Público. Los argumentos que sustentan son que la familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a las de sus integrantes, en que la voluntad privada juega un modesto papel, y que por su índole peculiar debe ser reubicado en un área independiente que debe contener normas sustantivas, adjetivas y aún relativas a su competencia.
- d) **Naturaleza social.** Algunos autores se inclinan por sustentar la concepción socialista del Derecho de Familia; esto es, consideran

que las normas del Derecho de Familia, están íntimamente vinculados al Derecho Social, pues el Estado no puede conformarse con la ordenación natural de la familia, en vista de la importancia que reviste para los individuos y para la comunidad. Se sustenta en que en Derecho se divide en tres áreas: Privado, público y social, en que el Derecho de Familia es parte del Derecho Social, pues el sujeto principal es la sociedad representada por diferentes entes colectivos entre ellos los núcleos familiares; el Derecho de Familia es expresión consustancial de la sociedad donde confluyen intereses particulares, del Estado y de la sociedad, y existe la necesidad de extraer a la familia de la mera iniciativa privada para colocarla bajo la tutela de las normas del Derecho Social, que hoy involucra al Derecho de Trabajo, Derecho de Seguridad Social, Derecho Agrario y Derecho Familiar.

De ahí que, si bien en la actualidad se admiten diferentes áreas o ramas del Derecho, pero también lo es que solamente se aceptan por razones didácticas, metodológicas o de utilidad teórica; por consiguiente, el Derecho de Familia no puede ser reubicado con carácter absoluto en uno u otro campo, ya que en todo fenómeno jurígeno como la familia, siempre van a converger intereses privados, públicos y/o sociales imposibles de ser diferenciados de manera absoluta.

3.1.2.4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Iniciamos señalando que las normas jurídicas se clasifican de diferentes maneras; sin embargo, interesa para efectos del presente trabajo, aquella que distingue entre normas imperativas y dispositivas. A este respecto, señala TORRES VASQUEZ¹⁴ que, “a las normas imperativas se les llama también necesarias, o de derecho cogente o no derogables por voluntad de las partes en sus actos particulares o taxativas o de orden público, y a las normas dispositivas o facultativas se les denomina también derogables por voluntad de los particulares o de derecho voluntario”.

Sin embargo, compartiendo con RENDON VASQUEZ¹⁵, las normas relativas a los individuos en sus relaciones entre sí pueden dividirse en imperativas y permisivas o facultativas.

a) **Las normas imperativas** son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni total ni parcialmente en sus actos privados. La norma imperativa no puede ser derogada por la voluntad individual de las partes que intervienen en un determinado acto con miras a alcanzar la finalidad que se proponga porque la obtención de esa finalidad está cabal y forzosamente regulada por la

¹⁴ TORRES VASQUEZ, Aníbal: “Derecho Civil Parte General: Introducción al Derecho y Título Preliminar”, Cultura Cuzco Editores, Lima, 1991, pp. 75 a 76.

¹⁵ RENDON VASQUEZ, Jorge: “El Derecho como norma y como relación social: Teoría General del Derecho”, tercera edición, Edial E.I.R.L., Lima, 1996, pp. 54 a 58.

misma norma. La inderogabilidad, deriva a su vez, del hecho que las normas imperativas prescriben al sujeto un deber-hacer o un no poder-hacer incondicional y, por consiguiente, no se admite que el sujeto no haga lo que está prescrito o haga lo que le está prohibido.

Las normas imperativas, siempre en relación a los particulares, a su vez, pueden separarse en prohibitivas, preceptivas y declarativas. Las **prohibitivas**, son aquellas que señalan acciones que no deben realizarse, ya voluntariamente, ya por negligencia o impericia; las **preceptivas** o mandatarias, cuando prescriben que se deberá observar un conducta determinada describiéndola de manera positiva; y, las **declarativas**, enuncian el surgimiento de derechos determinados, dados ciertos hechos.

Por su parte, las normas preceptivas relativas al Estado, pueden ser normas organizativas y procesales. 1) Las **normas organizativas**, que indican la forma como se deberán constituir los Poderes y otros órganos del Estado, señalan sus funciones y atribuciones, vale decir que escriben una determinada conducta de relación a las personas que integran los grupos a los que se denomina órganos, organismos e instituciones públicas. A su vez, las normas rectoras de la organización y actividad estatal pueden ser imperativas y permisivas: 1.- Son **imperativas**, si imponen la realización de un acto o una omisión en la forma de una decisión que debe ser necesariamente cumplida; y, 2.- Son **permisivas**, si sólo le

dan a los órganos estatales la facultad de practicar un acto y no la obligación de hacerlo; estas normas son excepcionales, ya que lo ordinario es que el Estado debe cumplir obligatoriamente sus funciones en cuanto ellas son la contrapartida de los derechos de los ciudadanos a título individual y colectivo, y en toda la sociedad. 2) Las **normas procesales**, trazan los modos de efectuar las actividades inherentes a las funciones de los órganos estatales y a la actividad de los particulares que se dirigen a esos órganos haciendo una petición que éstos deben atender.

- b) **Las normas permisivas**, o facultativas, reconocen a las personas la facultad de dar, hacer o no hacer algo, aun cuando una vez realizado el acto éste hace surgir obligaciones exigibles cuyo incumplimiento es susceptible de una sanción a petición del titular del derecho

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las normas del Derecho de Familia, no existe discusión y más bien hay consenso de que en su mayoría son normas imperativas.

Juristas extranjeros, como DIEZ-PICAZO y GULLON¹⁶, enfatizan que, “el carácter imperativo que tienen la mayor parte de los preceptos del Derecho de Familia, que impide o limita el juego de la autonomía de la voluntad”. MESSINEO¹⁷, refiriéndose al Derecho de Familia, también señala que las normas de que resulta, son imperativas o coactivas

¹⁶ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: Ob. Cit., Vol. IV, pp. 43 a 45.

¹⁷ MESSINEO, Francesco: “Manuel de Derecho Civil y Comercial” T. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, p. 31.

(denominadas de orden público). SUAREZ FRANCO¹⁸, al referirse al carácter de orden público de la mayoría de las normas, como característica del Derecho de Familia, es de opinión que, “un principio casi general en Derecho de Familia consiste que las disposiciones legales que la regulan son imperativas, vale decir de inexorable cumplimiento”. ZANNONI¹⁹, refiriéndose al orden público familiar, señala que “si bien el derecho de familia es parte integrante del derecho civil, gran parte de las normas que regulan las relaciones jurídicas en el derecho de familia son de orden público, es decir, normas imperativas y no meramente supletorias de la voluntad privada”, agrega que, “señalaba Díaz de Guijarro que las reglas del derecho de familia están predominantemente conformadas por normas inexcusables, cuyo contenido se funda en el carácter institucional de la familia, en los efectos predeterminados por la ley con respecto al vínculo familiar que se constituye, y en la necesidad de realizar los fines éticos de la organización legal del vínculo determinantes del interés familiar”. Y, BORDA²⁰, cuando se refiere al papel de la voluntad en materia de familia, señala que, “casi todas las normas reguladores de esta institución tienen carácter imperativo”, agrega refiriéndose a la relación jurídica familiar que, “todos los efectos y consecuencias de esa relación están fijadas imperativamente por la ley”.

¹⁸ SUAREZ FRANCO, Roberto: “Derecho de Familia” T. I, octava edición, Editorial Temis, Bogotá, 2001, p. 13.

¹⁹ ZANNONI, Eduardo A.: Ob. Cit., pp. 58 a 59.

²⁰ BORDA, Guillermo A.; “Tratado de Derecho Civil - Familia” T. I, séptima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, s/f., p. 11.

Por su parte, dentro de los juristas nacionales, CORNEJO CHAVEZ²¹, cuando se refiere a los caracteres del Derecho de Familia, señala que, “el primer rasgo característico del Derecho de Familia es que en él la voluntad individual es menos autónoma que en las demás esferas del Derecho Civil, y que la mayoría de sus disposiciones son de orden público”. PALACIO PIMENTEL²², cuando trata de los caracteres del Derecho de Familia, manifiesta que, “los preceptos, las disposiciones del Derecho de Familia, son obligatorias, son de orden público”. HINOSTROZA MINGUEZ²³, siempre al ocuparse de las características del Derecho de Familia, precisa “que las normas del Derecho de Familia son de orden público, es decir, no pueden ser modificadas por la voluntad de las personas”. PERALTA ANDIA²⁴, precisa como uno de los caracteres del Derecho de Familia, la prevalencia de las normas de orden público, que es notoria la intervención de los órganos del Estado en la constitución, organización y disolución de la familia muy ligados a directivas inclusive de política familiar. Con mayor claridad, PLACIDO V.²⁵, cuando se refiere a los caracteres del Derecho de Familia, sostiene que, “casi todas sus normas son imperativas. La imperatividad de las normas jurídicas del Derecho de Familia están destinadas a satisfacer el interés familiar. Al efecto, las leyes imperativas establecen soluciones de aplicación inexorable, o bien prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas”.

²¹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: Ob. Cit., p. 29.

²² PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo; Ob. Cit., p. 703.

²³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: “Derecho de Familia”, Editorial FECAT, Lima, 1997, p. 47.

²⁴ PERALTA ANDIA, Javier Rolando: Ob. Cit., p.56.

²⁵ PLACIDO V., Alex F.: “Manual de Derecho de Familia”, p. 22.

3.1.3.- EL MATRIMONIO.

3.1.3.1.- CONCEPTO.

En la doctrina se proponen diversos conceptos, pues las leyes no suelen definir generalmente.

Autores extranjeros, como ALBALADEJO²⁶, conceptúa el matrimonio como, “la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida”. Mas descriptivamente, DIEZ-PICAZO y GULLON²⁷, señalan que, “el matrimonio puede definirse como la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendentes a realizar una plena comunidad de existencia”; y, ZANNONI²⁸ define que, “el matrimonio es la unión de hombre y mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia”.

Los autores nacionales, conceptúan el matrimonio en similares términos. Así, CORNEJO CHAVEZ²⁹, aceptando como exacto el concepto que enuncia Valverde, sostiene que, “por el matrimonio, el hombre y la mujer, asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se completan recíprocamente, y cumpliendo los

²⁶ ALBALADEJO, Manuel: “Derecho Civil-Derecho de Familia”, Bosch Editores, Barcelona, 1994, p. 31

²⁷ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: Ob. Cit., Vol. IV, p. 63.

²⁸ ZANNONI, Eduardo A.: Ob. Cit., p. 176.

²⁹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: Ob. Cit., p. 52.

finde de la especie la perpetuación al traer a la vida la inmediata descendencia”.

El vigente Código Civil, como pocas legislaciones lo hace, en su artículo 234 define al matrimonio señalando que: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

3.1.3.2.- FINES.

La doctrina jurídica, en que no hay mayor discrepancia, sea de manera expresa o implícitamente, señala que el matrimonio tiene dos grandes fines:

- a) **Específico.** Es la procreación y educación de la prole o hijos.
- b) **Individual.** El mutuo auxilio en una plena comunidad de vida.

Estos fines, aunque expresados como deberes y derechos que nacen del matrimonio, se hallan contempladas especialmente en los artículos 287 y 288 del Código Civil, a los que nos referiremos posteriormente.

3.1.3.3.- CARACTERES.

A este respecto, no existe uniformidad entre los juristas, pero consideramos que son tres los caracteres del matrimonio, teniendo en cuenta nuestro derecho positivo:

- a) **La unidad.** Expresada en la comunidad de vida a que se hallan sometidos los cónyuges, en forma monogámica y heterosexual.
- b) **La permanencia.** Estabilidad en el tiempo, pues no se trata de una unión efímera o por un plazo previamente acordado. La estabilidad no debe confundirse con la indisolubilidad, puesto que el matrimonio pese a haberse constituido válidamente, en razón de hechos naturales o circunstancias voluntarias puede extinguirse.
- c) **La legalidad.** El ordenamiento jurídico preestablece un régimen jurídico inalterable y obligatorio para los cónyuges, tanto para su celebración así como para los derechos y deberes que de él surgen.

3.1.3.4.- NATURALEZA JURIDICA.

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, existen básicamente tres posiciones:

- a) **Tesis contractualista.** Esta posición, a su vez, puede ser enfocada desde tres perspectivas: El **enfoque canónico**, considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido; la **perspectiva civil tradicional**, que

postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que le sean aplicables las reglas de la nulidad de los contratos así como las normas sobre los vicios del consentimiento; y, la ***del Derecho de Familia***, que postula que el matrimonio es un contrato, el cual constituye un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.

- b) **Tesis institucionalista.** Tesis más aceptada que la anterior, sostiene que el matrimonio no puede equipararse a la figura del contrato civil. De acuerdo a esta posición, el matrimonio es entendido como el conjunto orgánico e indivisible de normas jurídicas que fijan las formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes contraen matrimonio. Esta teoría eleva de rango al matrimonio.
- c) **Tesis mixta o ecléctica.** Considera que las dos concepciones anteriormente señaladas no son incompatibles, cada una de ellas contiene elementos de verdad. Esta posición sostiene que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución. Según los autores nacionales, nuestra legislación ha optado por esta posición.

3.1.3.5.- REQUISITOS.

Para que un matrimonio pueda tener efectos jurídicos, es necesario al igual que en los actos jurídicos, reúna ciertos requisitos de fondo y de forma.

a) **Requisitos de fondo.** Se consideran:

- La **diferencia de sexos**. Un varón y una mujer, para posibilitar la procreación humana.
- La **edad mínima**. Los contrayentes tiene que ser púberes, cuya edad lo establecen las leyes.
- El **consentimiento**. Requiere el consentimiento de ambos contrayentes, que debe ser libre y pleno, por la trascendencia social, personal, jurídica y económica.

b) **Requisitos de forma.** Que pueden dividirse en tres grupos:

- Los **que preceden al matrimonio**. Tenemos a las formalidades preparatorias; es decir, la declaración del proyecto del matrimonio, cumplimiento de la formación del expediente administrativo, siendo ése el momento en que se dice que están aptos para la celebración de la ceremonia.
- Los **necesarios para la misma celebración del matrimonio**. Comprende la intervención del funcionario competente, la

conurrencia de los contrayentes y los testigos, y el *modus operandi* del acto de celebración. Se exceptúa en el caso del matrimonio de urgencia.

- Los **posteriores al matrimonio**. Son los relacionados con la protocolización, como el acta respectiva, que tendrá que asentarse.

3.1.3.6.- DEBERES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

Dentro de ellos nos referiremos a:

a) **Deberes de los cónyuges con sus descendientes.** Es deber de los padres, el proveer a la manutención y educación de sus hijos.

b) **Deberes recíprocos de los cónyuges.**

- El **deber de fidelidad**. Fidelidad tanto en lo sexual como en lo moral.
- El **deber de asistencia**. Que comprende la mutua ayuda, tanto material como espiritual.
- El **deber de cohabitación**. O de hacer vida en común. Significa vivir y habitar juntos; es compartir el techo, la mesa y el lecho. Sin embargo, la cohabitación puede suspenderse por razones de interés familiar.

3.1.3.7.- EXTINCION.

El matrimonio, puede terminar de diferentes modos o formas.

Dentro de las formas en que se extingue el matrimonio tenemos:

- a) Por muerte de uno de los cónyuges.
- b) Por declaración de muerte presunta.
- c) Por declaración de invalidez.
- d) Por declaración del divorcio.

3.2.- EL DIVORCIO EN GENERAL Y EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

3.2.1.- EL DIVORCIO EN GENERAL.

3.2.1.1.- CONCEPTO.

En sentido amplio, divorcio significa relajación de la vida propia del matrimonio, por ruptura del vínculo matrimonial.

Para PUIG BRUTAU³⁰, “el divorcio es la institución que permite la disolución del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges y por efecto de una decisión judicial, en atención a causas posteriores a la celebración del matrimonio”. Mientras que ALBALADEJO³¹ señala que el

³⁰ PUIG BRUTAU, José: Ob. Cit., p. 47.

³¹ ALBALADEJO, Manuel: Ob. Cit., p. 81.

divorcio, “es una causa sobrevenida de disolución de un matrimonio válidamente contraído”.

Autores nacionales, como MALLQUI REYNOSO y MOMETHIANO ZUMAETA³², señalan que, “el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges. El divorcio se obtiene por sentencia judicial y por aquellas causas que están determinadas por la ley”. Por su parte, PERALTA ANDIA³³ expresa, “tomando en cuenta el artículo 348 del actual Código podemos decir que 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”.

Finalmente, el artículo 348 del Código Civil Peruano señala que: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”.

3.2.1.2.- TESIS.

Acercas del divorcio se tiene dos tesis o teorías, ampliamente conocidas, a saber:

- a) **Tesis antdivorcista.** Según esta tesis, se considera al matrimonio como una sociedad de por vida, sustentándose esta teoría en la indisolubilidad, cierra el paso al divorcio y obliga a los cónyuges a mantenerse unidos, aun cuando en realidad esa unión se haya roto.

³² MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy: “Derecho de Familia”, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 82.

³³ PERALTA ANDIA, Javier Rolando: Ob. Cit., p. 305.

A decir de MURO ROJO y REBAZA GONZALES³⁴, se plantea como objeción al divorcio que “el divorcio engendra divorcio”.

Esta tesis niega el divorcio sustentándose en las doctrinas sacramental, sociológica y paterno-filial.

- La **doctrina sacramental**, es la doctrina de la Iglesia Católica, que considera como un sacramento y que sólo puede concluir con la muerte. Sin embargo, admite la separación de cuerpos por causales sumamente graves, pero no admite el divorcio.
- La **doctrina sociológica**, considera que la familia es un presupuesto indispensable para la existencia de la sociedad, estimando al matrimonio como una institución que garantiza no sólo la existencia y permanencia del grupo familiar, sino también de la misma sociedad.
- La **doctrina paterno-filial**, sostiene que el divorcio es una institución que afecta y perjudica no solamente al cónyuge inocente, sino también a los hijos, puesto que sobre ellos recaen los efectos y se evidencia los estragos de la frustración a la unidad familiar ansiada.

³⁴ MURO ROJAS, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso: “Concepto de Divorcio”, en Código Civil Comentado T. II, segunda edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 409.

Además, otra de las explicaciones de los antiodivorcistas, está referida a la desnaturalización de la monogamia, ya que el divorcio, dice, es el camino que conduce a la sociedad hacia el amor libre o a la poligamia encubierta.

Esta tesis antiodivorcista, ha sido severamente cuestionada con el fundamento de que el divorcio no es un atentado contra la buena organización y estabilidad de la familia y de la sociedad. Se debe fortalecer la familia normal y feliz, pero de ningún modo a aquel matrimonio ya fracasado y destruido, que los antiodivorcistas intentan perpetuar a cualquier precio.

- b) **Tesis divorcista.** Los defensores de esta tesis, consideran al divorcio como un “mal necesario”. A decir de MURO ROJAS y REBAZA GONZALES³⁵, citando a Borda, esta posición se sustenta en el hecho de que las “circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos; es cruel mantener unidos a seres que se desprecian o aborrecen, porque entonces sería transformar el matrimonio en una cadena de forzados”, agrega, “desde el punto de vista social, la sociedad no puede tener interés en la permanencia de uniones desdichadas, que no constituyen un aliciente para la institución del matrimonio, sino que contribuyen mas bien a desacreditarla ante la opinión pública. Tampoco se puede hablar del

³⁵ MURO ROJO, Alfredo y REBAZA GONZALES, Alfonso: Ob. Cit., p. 410.

interés de los hijos, pues no pueden educarse éstos en peor escuela que con un matrimonio desquiciado por el odio”.

La tesis divorcista se sustenta en las doctrinas del divorcio repudio, divorcio-sanción y divorcio-remedio.

- La **doctrina del divorcio-repudio**, acepta el divorcio como un derecho de uno de los cónyuges, propiamente del varón, para rechazar o expulsar al otro cónyuge de la casa conyugal, la mayoría de veces, sin explicar razones. Esta doctrina es aceptada en los países musulmanes o islámicos.
- La **doctrina del divorcio-sanción**, se formula como un “castigo” merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio, fundándose en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales imputables a uno o a ambos cónyuges.

La doctrina que tratamos, sustenta su estructura en:

- *El principio de culpabilidad*, según el cual el divorcio se genera por culpa de uno de ellos, de tal manera uno será culpable y el otro inocente; por lo tanto, se halla sujeto a prueba.

- *La existencia de varias causales para el divorcio*, esto es, causas específicas previstas en la ley, como es el adulterio, la violencia física y psicológica, etc.
- *El carácter punitivo del divorcio*, puesto que la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial es un medio para penalizar al cónyuge culpable, basado en un sistema subjetivo o de culpa del cónyuge, por haber faltado a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, consiguientemente supone la pérdida del ejercicio de la patria potestad, pérdida o restricción del derecho alimentario, etc.

Doctrina adoptada por la mayor parte de los Códigos Europeos como los de Francia, Italia, Portugal, Suiza, Bélgica, Holanda, Finlandia, entre otros; igualmente, en los países del *Common Law*, Inglaterra y Estados Unidos, así como por Canadá y Puerto Rico, y la mayor parte de los países latinoamericanos, algunos de los cuales van tras la doctrina del divorcio-remedio que se explicará más adelante.

Se cuestiona a esta posición atendiendo a la dificultad que representa determinar que tal o cual comportamiento de los cónyuges merezcan un premio o una sanción, lo cual podría conllevar a que la sentencia que declare el divorcio termine por constituir un premio al culpable y un castigo al inocente. Este tipo de divorcio no hace más que agudizar los conflictos, sin resolverlos, pues como dice PLACIDO

V.³⁶, “instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que sacarán a relucir las miserias del otro, o terminarán inventándolas para conseguir el divorcio”.

- La **doctrina del divorcio-remedio**, que se sustenta en un sistema objetivo de ruptura de la vida matrimonial, o sea, en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio y en la ruptura de la vida matrimonial con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello. Propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio.

Los requisitos para que se configure la causal de divorcio, serían:

- La *desavenencia grave, profunda y objetivamente determinable*, no requiriendo de la tipificación de conductas culpables por parte de uno o de ambos cónyuges.
- El *fracaso matrimonial como única causal*, deshechando la determinación taxativa de causales y su probanza.

³⁶ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, primera edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2001, pp. 35 a 36

· La *convicción de que la sentencia de divorcio es el único remedio* para solucionar el conflicto matrimonial, por ser ya una situación insostenible.

Esta doctrina plantea una concepción sobre el matrimonio, cuya permanencia no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales. Estima el casamiento como la unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes pueden obligar a mantenerse unidos, cuando dicha unión matrimonial ha fracasado. En esa forma, una pareja puede divorciarse, sólo cuando el juzgador haya comprobado que el matrimonio perdió su esencia para los cónyuges, para los hijos y, con eso también, la sociedad. La doctrina se fue afirmando después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en los países de Polonia, Alemania, Rumania, Checoslovaquia, etc., como afirma PERALTA ANDIA³⁷.

Se considera también que existe un **sistema mixto**, caracterizada por su complejidad, pues mantiene la posición tradicional de inculpación, así como admiten causales no inculpatorias. En este sistema, sin perjuicio del carácter antagónico de los dos sistemas anteriormente tratados, se combinan. Siguen este sistema las legislaciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, México, Venezuela y ahora del Perú.

³⁷ PERALTA ANDIA, Javier Rolando: Ob. Cit., pp. 308 a 309.

c) **Posición del Código Civil Peruano.** En la legislación nacional, se admite que el Código Civil de 1852 se adhiere a la tesis antidivorcista, esto en razón de que reconoció el carácter indisoluble del matrimonio canónico con carácter indisoluble y que sólo permitía la separación de cuerpos en casos graves. El Código Civil de 1936, adoptó la tesis divorcista y dentro de ella el divorcio-sanción. Respecto al Código Civil de 1984, no existe uniformidad en las opiniones de los juristas nacionales. Así, VARSÍ ROSPIGLIOSI³⁸, es de opinión que, “aunque parezca curioso aceptarlo, el pensamiento recogido en la legislación vigente es antidivorcista, porque existen elementos disuasivos para iniciar el proceso de divorcio”. Por su parte, MURO ROJO y REBAZA GONZALES³⁹, opinan que, “nuestro Código Civil se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el divorcio-sanción y el divorcio-remedio, derivando en un sistema mixto, ello se ha hecho más notorio con la reforma introducida mediante la Ley número 27495, [...]”; agregan que, “la referida ley representa la reivindicación de la corriente de frustración del matrimonio, al combinar de manera mas o menos equilibrada las bondades del divorcio-remedio, en tanto se aplica para el supuesto en que la vida en común deviene insostenible; y las del divorcio-sanción, en tanto atenúa el carácter frío y objetivo de la doctrina de la frustración del matrimonio, permitiendo distribuir entre los cónyuges la carga que importa la disolución del vínculo matrimonial”.

³⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “Divorcio, Filiación y Patria Potestad”, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 12.

³⁹ MURO ROJO, Antonio y REBAZA GONZALES, Alfonso: Ob. Cit., p. 412

Finalmente, PLACIDO V.⁴⁰, refiriéndose a los sistemas mixtos del divorcio, señala que, “la legislación peruana participa de esta tendencia -puesta de manifiesto más aún, en la reforma introducida por la Ley número 27495-, por cuanto contempla causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema del divorcio-sanción (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil) y las causales no inculpatorias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges, del sistema del divorcio-remedio (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil).

3.2.1.3.- CLASES.

En la doctrina universal y en las legislaciones positivas se admiten dos clases de divorcio:

a) **Divorcio absoluto.** Se le conoce también como *divorcio vincular*, y consiste en la disolución total, definitiva y perpetua del vínculo conyugal.

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

b) **Divorcio relativo.** Es conocido como separación de cuerpos y separación personal, y a decir de MALLQUI REYNOSO y

⁴⁰ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, p. 80.

MOMETHIANO ZUMAETA⁴¹, “consiste en una relajación del vínculo matrimonial, en virtud de la cual los esposos se separan del lecho y la habitación, ponen término la vida en común, cesan los deberes matrimoniales, especialmente el de cohabitación, pero el vínculo legal subsiste y los esposos no pueden casarse”.

3.2.1.4.- CAUSALES.

Las causales para el divorcio varían en las legislaciones; en el caso peruano, son las señaladas en el artículo 333 del Código Civil, incisos 1 al 12, como expresa el artículo 349 del mismo Código, modificado por la Ley número 27495, siendo éstas:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

⁴¹MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy: Ob. Cit., p. 491.

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 la vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

3.2.1.5.- EFECTOS.

Los efectos que produce el divorcio en general, de acuerdo a nuestra legislación civil, se pueden distinguir en:

- a) **Con relación a los cónyuges.** Las consecuencias jurídicas que ocasiona el divorcio a los esposos son los siguientes:

- **Disolución del vínculo matrimonial.** Viene a ser el efecto de mayor trascendencia. Se halla señalado en el artículo 348 del Código Civil.

- **Cese de la obligación alimentaria.** Por regla general, con el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer, no obstante subsiste en casos excepcionales. A este respecto, se refiere el artículo 350 del Código Civil.

- **Reparación del daño moral.** Cuando los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, puede el Juez concederle una suma de dinero a título de reparación del daño moral, como precisa el artículo 351 del Código Civil.

- **Pérdida de gananciales.** De acuerdo al artículo 353 del Código Civil, el cónyuge divorciado por su culpa pierde las gananciales que proceden de los bienes del otro, desde la celebración del matrimonio.

- **Pérdida de derechos hereditarios.** Afecta tanto al cónyuge culpable como al inocente, señalando el artículo 353 del Código Civil, que los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

- **Cesación de llevar el apellido del marido.** Según el artículo 24 del Código Civil, la mujer tiene derecho a llevar el apellido

del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio; pero este derecho, cesa en caso del divorcio.

- **Terminación de la afinidad colateral.** Por disposición del artículo 237 del Código Civil, el matrimonio produce parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Si bien la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce, así como subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge, en los demás grados termina el parentesco colateral por afinidad.

b) **Con relación a los hijos.** En cuanto a los descendientes, el divorcio produce los siguientes efectos jurídicos:

- **Ejercicio de la patria potestad.** Se impone a los padres la necesidad de velar en lo posible por el bienestar de los hijos, por lo que en el texto del artículo 340 del Código Civil, se establece dos supuestos: Si uno de los cónyuges es culpable, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo el divorcio por causa específica, a no ser que el Juez determine encargarse al otro o a terceros; y, si ambos cónyuges son culpables, los hijos mayores de siete años quedan a cargo del padre, las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete quedan

al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa.

Entonces, el padre o la madre a quien se haya confiado los hijos, ejerce la patria potestad de éstos, mientras que el otro queda suspendido de tal ejercicio, pero reasumirá de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

- **Derecho alimentario.** El juez está obligado a cuidar de que los padres divorciados cumplan con su deber de alimentar a sus hijos, por lo que en la sentencia debe señalarse la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, como establece el artículo 342 del Código Civil.

3.2.2.- EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO.

3.2.2.1.- LA SEPARACIÓN DE HECHO.

Una de las causales para el divorcio, es la separación de hechos de los cónyuges. Causal incorporada por el artículo 2 de la Ley número 27495, publicada en la separata de normas legales del Diario Oficial El Peruano en fecha del 07 de julio del 2001.

- a) **Antecedentes y propuestas legislativas.** Sobre la incorporación en nuestro sistema legal de la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio, no resulta ser nueva. La primera noticia que se tiene, se remonta al año de 1931, cuando

Bustamante de la Fuente, expuso ante el Congreso, si es que mediaban dos años de separación de hecho, y luego se menciona en el diario de debates del Congreso, del 17 de abril de 1940, la sugerencia del diputado de Celendín, doctor Clodomiro Chávez, para la incorporación como una causal a la legislación, siempre que la separación de hecho había durado cinco años. Luego, en noviembre de 1980, los diputados Francia Guevara y Mendiola Martínez también la propusieron, siempre que haya transcurrido diez años de simple abandono. En setiembre de 1981, ante el mismo Congreso los parlamentarios Valle Riestra, Larco Cox, Santander Estrada, Rodríguez Campos, entre otros, lo propusieron, siempre que la separación haya durado siete años.

Según señala VARSÍ ROSPIGLIOSI⁴², sobre esta materia, los proyectos legislativos han sido numerosos. Entre 1985 a 1999 se han presentado 117 proyectos de ley tendientes a modificar el Código Civil, de los cuales 13 se refieren a incorporar esta causal. El primer proyecto de ley presentado ya bajo la vigencia del actual Código Civil, fue el Proyecto número 253/85, de 29 de setiembre de 1985. Sin embargo, uno de los proyectos más importantes fue el Proyecto número 1716/96-CR presentado por el entonces congresista Daniel Estrada Pérez, de 03 de setiembre de 1996, y el Proyecto número 4662/98-CR fue el último, que en realidad constituye una actualización de la precedentemente citada.

⁴² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Ob. Cit., p. 41.

La Ley número 27495, es producto final de varias ideas recogidas de los proyectos presentados. Lo que se deseaba era una solución legal al conflicto de tantas parejas que se mantenían unidas de manera ficticia, no obstante nuevos compromisos adquiridos, pero también debió el legislador adoptar las previsiones adecuadas para evitar situaciones injustas respecto de los cónyuges abandonados o a los que se perjudicó con la separación. Con el pago de una indemnización por daños, o alternativamente la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, el legislador consideró suficientemente compensada la falta de cumplimiento a los deberes del matrimonio, por parte del cónyuge que ocasionó la separación.

Fueron los miembros de la Comisión de Justicia del Congreso, quienes coincidieron en que se debía incorporar una indemnización al cónyuge que se encuentra en situación de debilidad a raíz del divorcio y pudiera verse afectado en el posterior desarrollo de su vida, a fin de que el Juez pueda determinar la indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad de gananciales.

- b) **Concepto.** La separación de hecho como causal de divorcio, ha variado en su denominación, pues se le denomina también como *separación de facto, separación fáctica, rompimiento de hecho, entre otras.*

GARCIA de GHIGLINO⁴³ conceptúa a la separación de hecho, como “la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitar en forma permanente, sin que causa justificada alguna la imponga, sea por voluntad de uno o de ambos esposos”.

Para MONTOYA CALLE⁴⁴, “la separación de hecho ocurre cuando cesa la convivencia conyugal sin que exista una sentencia judicial; esta situación también puede darse por acuerdo entre ambos cónyuges o por decisión de uno solo de ellos”, agrega que, “la separación de hecho constituye la manifiesta conducta de resistirse a hacer vida en común y compartir el lecho nupcial, generando una situación adversa y extraña a toda relación normal que emana del matrimonio”.

HUMPIRE NOGALES⁴⁵ expresa que, “la separación de hecho es la negación de la vida en común en el domicilio conyugal, que se origina en la decisión de uno de los dos cónyuges, de manera voluntaria y con inequívocas demostraciones de deseo de mantener tal estado de anormalidad conyugal”.

⁴³ GARCIA de GHIGLINO, Silvia S.: “Separación de Hecho” en Enciclopedia de Derecho de Familia T. III, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 622.

⁴⁴ MONTOYA CALLE, Mariano Segundo: “Matrimonio y Separación de Hecho”, primera edición, Editorial San Marcos, Lima, 2006, pp. 244 a 245.

⁴⁵ HUMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando: “El Divorcio y sus causales”, primera edición, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2001, p. 174.

Para TORRES CARRASCO⁴⁶ la separación de hecho, “consiste en la constatación fehaciente que debe hacer el juzgador a fin de acreditar que los cónyuges han optado en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de la convivencia y de la vida en común”.

Con mayor claridad PLACIDO V.⁴⁷ conceptúa que, “la separación de hecho es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos”, agrega que, “una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal”.

Podemos agregar que, la separación de hecho 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 previa. Cuya causal se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio como es el hacer vida en común en el domicilio conyugal, ya que se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de dicho deber. La causal se presenta como una fórmula que incorpora en nuestro sistema la teoría del divorcio-remedio, impuesta por la propia realidad social, familiar y económica

⁴⁶ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto: “La separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio” en Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica T. 92-Julio 2001, Lima, p. 78.

⁴⁷ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, p. 98.

que vive nuestro país, ante situaciones irregulares e ilegales que afectan la institución matrimonial, negando su esencia, al punto que las parejas han optado por una separación de hecho a falta de normativa específica que podía legalizar el estado civil que les corresponde.

b) **Modos de producción.** De los conceptos dados, se desprende que existe dos tipos o modos de separación de hecho:

- De **común acuerdo** o separación de hecho propiamente dicha. Aquí existe acuerdo bilateral de los cónyuges ante la existencia de causas que hacen imposible la convivencia, decidiendo por separarse. La decisión conjunta se sustenta en un convenio conyugal que importa la suspensión de la cohabitación sin justa causa reconocida por la ley. La acreditación de la separación de hecho bilateral descarta la invocación de la condición de cónyuge perjudicado.
- Por **voluntad unilateral**, denominado abandono de hecho. En este caso, uno de los cónyuges, voluntaria y maliciosamente, y sin la anuencia del otro, se sustrae de los deberes conyugales.

La decisión unilateral de uno de los cónyuges se presenta, sea porque aquél se aleja del domicilio conyugal, sea que provoca el alejamiento el otro cónyuge. Esta separación de hecho tiene su origen en una conducta antijurídica de uno de los cónyuges

que ha abandonado el hogar conyugal o ha sido el causante de que el otro se alejara. En este caso, procede invocar la condición de cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

3.2.2.2.- REQUISITOS O ELEMENTOS DE LA CAUSAL.

No existe en la doctrina uniformidad de criterios, en cuanto a los elementos o requisitos de la separación de hecho como causal de la separación de cuerpos y del divorcio.

Para ARIAS-SCHREIBER PEZET⁴⁸, "existe separación de hecho cuando concurren dos requisitos: Uno objetivo o material, que consiste en la evidencia de la ruptura permanente y definitiva de la convivencia (es decir, no se considera como tal a aquellos casos en que los cónyuges viven temporalmente separados por circunstancias que se imponen a su voluntad); y un elemento subjetivo o psíquico, que es la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de uno o de ambos cónyuges de no continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común",. agrega, "sin embargo, ello no impide que se configure la causal, cuando, no obstante haber cesado la convivencia por causas no imputables a los cónyuges, de modo posterior se evidencia la intención manifiesta de uno o de ambos de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones familiares y continuar sus vidas separadas".

⁴⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max."Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" T. VII – Derecho de Familia, tercera edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 285.

Por su parte, VARSÍ ROSPIGLIOSI⁴⁹, considera tres elementos: *Elemento objetivo*, que es la separación de hecho, esto es la falta de convivencia y de vida en común entre los cónyuges; *elemento temporal*, que lo divide en dos aspectos, por un lado es la exigencia de un período de alejamiento marital, que es el plazo en que los cónyuges ya no hacen vida en común, y por otro lado está el carácter ininterrumpido que la separación de hecho debe cumplir no pudiendo ser paralizado por actos de convivencia esporádicas, lo cual es una gran diferencia con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal; y, *elemento personal*, es la acreditación de estar al día en el pago de los alimentos u otras obligaciones que se hubieran pactado entre los cónyuges.

Sin embargo, coincidiendo con PLACIDO V.⁵⁰, CABELLO MATAMALA⁵¹ y MONTOYA CALLE⁵², consideramos que son tres los requisitos o elementos de la causal de separación de hecho:

a) **Elemento objetivo o material.** Consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, sin solución de continuidad, lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal, sin que exista impedimento para que se configure esta causal viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble incumplen la cohabitación.

⁴⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Ob. Cit., pp. 59 a 60.

⁵⁰ PLACIDO V., Alex F.: ¿Divorcio de Hecho?, en Legal Express, Gaceta Jurídica, año 1/Nro. 3, Marzo 2001, p. 8.

⁵¹ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia: "Causales de Separación de Cuerpos", en Código Civil Comentado T. II-Derecho de Familia, segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 362 a 364.

⁵² MONTOYA CALLE, Mariano Segundo: Ob.Cit., pp. 249 a 252.

Esto es, tiene que haber el cese efectivo de la vida conyugal, que ocurre con el alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o por acuerdo de ambos, o cuando ambos viviendo en el mismo inmueble incumplen con el deber de cohabitación o vida en común; entendiéndose por deber de hacer vida en común o deber de cohabitación la obligación de vivir o habitar juntos en el mismo domicilio y compartir el mismo techo y mesa, así como el débito sexual o compartir el mismo lecho.

Para la concurrencia de este elemento, no es necesario que se haya constituido un domicilio conyugal, pues puede ocurrir que la pareja hayan vivido siempre separados por razones económicas, de estudios, viaje, trabajo y otro.

Se denomina también a este elemento como interrupción o ruptura de la convivencia o cohabitación.

- b) **Elemento subjetivo o psíquico.** Viene a ser la falta de voluntad para renormalizar la vida conyugal o unirse, esto es, la ausencia de intención cierta de uno o de ambos cónyuges para continuar conviviendo o cohabitando, poniendo fin a la vida en común por más que algún otro deber se cumpla; ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, esto es, sin que una necesidad jurídica lo imponga, o cuando si no obstante haberse iniciado la interrupción de la cohabitación por

causas no imputables a los cónyuges, después se evidencia la intención manifiesta de uno de ellos o de ambos de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones familiares y continuar sus vidas separadas.

La separación de hecho no involucra los casos en los que los cónyuges viven temporalmente separados por circunstancias que se imponen a su voluntad, como son por cuestiones laborales, de estudios, enfermedad, accidentes, etc., a los que se refiere la Ley número 27495 en su Tercera Disposición Complementaria y Transitoria.

A este elemento también lo denominan como resistencia a la cohabitación.

- c) **Elemento temporal.** Es el transcurso del tiempo, ya que resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configuran la causal, debiendo ser dicho plazo ininterrumpidamente.

Del contenido normativo del artículo 333 inciso 12 del Código Civil, se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad, y de cuatro años si tienen hijos menores de edad.

La permanencia en el tiempo de una separación de hecho es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común y un

fracaso del matrimonio que queda evidenciado de esa manera. Entonces, la fijación de un plazo legal, tiene por objeto descartar la transitoriedad y otorgar un carácter definitivo a la separación de hecho.

Es de tenerse presente que esta causal no caduca por el transcurso del tiempo; por consiguiente, la demanda por esta causal puede interponerse en cualquier tiempo.

3.2.2.3.- EFECTOS JURIDICOS.

Habiéndonos ya referido a las consecuencias o efectos del divorcio en general y como parte de ellos también son de la causal de separación de hecho, nos referiremos a ellos y solamente respecto a los efectos entre los cónyuges, en particular de la separación de hecho que surgen de lo dispuesto en la Ley número 27495, los mismos que son:

- a) **Fenecimiento de la sociedad de gananciales.** Para las relaciones entre los cónyuges, se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333 del Código Civil (abandono injustificado de la casa conyugal y separación de hecho), desde el momento en que se produce la separación. En cambio, con respecto a terceros, el régimen de la sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal, conforme a lo dispuesto por el artículo 319 del Código Civil.

Acreditada la separación de hecho, se produce el fenecimiento de la sociedad de gananciales desde la fecha probable en que se haya producido. Pero, de acuerdo a la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número 27495, las separaciones de hecho ocurridos antes de su vigencia, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, esto es, el 08 de julio del 2001.

- b) **Ejercicio de la patria potestad y derecho alimentario.** En caso de separación convencional y separación de hecho, el juez fija en la sentencia el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o del marido, observando en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. El artículo 345 del Código Civil, modificado por la Ley número 27495, se refiere en primer lugar, a la regulación judicial de ejercicio de la patria potestad, por lo tanto son aplicables lo dispuesto en los artículos 240 y 341 del Código Civil y los artículos 75 y 76 del Código de los Niños y Adolescentes y, en segundo lugar, a la regulación judicial de los alimentos tanto para los hijos como para alguno de los cónyuges y, obviamente, que pueden ser aplicados los artículos 345-A y 350 del Código Sustantivo, que contempla casos excepcionales de alimentos después del divorcio.

c) **Indemnización por daños.** El segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495, dispone que el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Agrega, deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenará la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Sobre el particular, trataremos posteriormente.

3.3.- LOS DAÑOS EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO.

3.3.1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

3.3.1.1.- CONCEPTO.

De manera general, responsabilidad implica la obligación de toda persona de reparar el daño causado; es decir, 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.

Por su parte, la responsabilidad civil, según OSORIO⁵³ es, “la que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por tercero, por el que debe

⁵³ OSORIO, Manuel: “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 878.

responder”. De ahí que la responsabilidad civil se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los daños causados a la víctima.

A este respecto, TABOADA CORDOVA⁵⁴ señala que, “la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de *indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares*, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional”.

El objeto de la responsabilidad civil es procurar la reparación del daño, mediante el restablecimiento del status patrimonial de la víctima previo el perjuicio, en la parte que el daño haya sido causa.

3.3.1.2.- CLASES.

Sobre las clases de responsabilidad civil, existen hasta tres tesis:

a) **Tesis dualista.** Parte de un puesto de vista formal y toma como eje central la noción de culpa de la doctrina francesa. Diferencia la existencia de una culpa contractual y otra extracontractual. La responsabilidad contractual nace del incumplimiento de una obligación, mientras que la extracontractual nace de la omisión de un acto ilícito.

⁵⁴ TABOADA CORDOVA, Lizardo: “Elementos de la Responsabilidad Civil”, Editorial Grijley, Lima, 2001, p. 25.

Según esta tesis, existen dos clases de responsabilidad civil:
Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

- b) **Tesis monista.** Tiene como punto de partida, la consideración de un solo tipo de culpa, cual es, la delictual. Considera que la responsabilidad contractual no se puede considerar como distinta de la responsabilidad extracontractual.
- c) **Tesis ecléctica.** Estas tesis tratan de conciliar las anteriores. Parten del supuesto de identidad entre los dos tipos de responsabilidad, pero admiten la existencia de algunas diferencias de orden específico entre uno y otro sistema. Esto quiere decir que ambas responsabilidades se identifican en sus principios más no en sus efectos.

El Código Civil Peruano, adopta el sistema dualista, binario o clásico. Pues, diferencia la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual, a saber:

- La **responsabilidad civil contractual.** Se habla en términos doctrinarios de responsabilidad contractual, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria. Dentro de la terminología del Código Civil Peruano, de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones, o mejor denominada *responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.*

- La **responsabilidad civil extracontractual**. Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica obligacional previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño no es consecuencia de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, estamos ante la denominada responsabilidad civil extracontractual. Se conoce también como *responsabilidad aquiliana*.

3.3.1.3.- ELEMENTOS.

Denominados también requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil. Los requisitos comunes a la responsabilidad civil son: La conducta antijurídica, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. Veamos estos:

- a) **La antijuridicidad**. Es uno de los elementos fundamentales de la estructura de la responsabilidad civil. La antijuridicidad está conformada por el conjunto de conductas contrarias a los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico, donde se encuentran los hechos antijurídicos que generan supuestos de responsabilidad civil, como son: El hecho ilícito, el hecho abusivo y el hecho excesivo, y también los hechos no antijurídicos que según una perspectiva contemporánea generan también supuestos de responsabilidad civil, como es el hecho nocivo.

Según TABOADA CORDOVA⁵⁵, “modernamente existe acuerdo en que a la antijuricidad o antijuridicidad, o menor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar valores o principios sobre los cuales se ha construido el sistema jurídico”, de ahí que agrega, “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”. Por lo cual, no existe responsabilidad civil en los daños causados en el ejercicio regular de un derecho⁵⁶, ya que se trataría de daños causados dentro del ámbito permitido por el sistema jurídico, es decir, supuestos de daños autorizados o daños justificados.

Siempre es necesaria una conducta que sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación civil extracontractual o contractual. La antijuridicidad es el elemento caracterizador de los hechos jurídicos voluntarios ilícitos que originan un supuesto de responsabilidad civil.

⁵⁵ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., pp. 27 a 28 y 36 a 36.

⁵⁶ El artículo 1971 del Código Civil señala: “No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1. En el ejercicio regular de un derecho. 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno. [...]”.

En el ámbito contractual, la antijuridicidad es siempre *típica*, pues ello resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso; es decir, en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente, o sea, están predeterminadas o específicamente previstos por el ordenamiento jurídico. La antijuridicidad típica contractual se encuentra prevista en el artículo 1321 del Código Civil.

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la antijuridicidad es siempre *atípica*, porque no están predeterminadas en el ordenamiento jurídico las conductas que da lugar a responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta antijurídica en sentido amplio y material (no formal); es decir, cuando con la conducta se infringe los valores o principios sobre los cuales ha sido erigido el sistema jurídico, y en este caso, el *principio de no causar daño a los demás*. Lo señalado surge de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil⁵⁷, referidos a la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, puesto que en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un 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

⁵⁷ 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”. Y, el artículo 1970 del mismo Código establece: “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”.

antijurídica, da lugar a la obligación legal de pagar una indemnización.

b) **El daño causado.** Es un aspecto fundamental, aunque no único, de la responsabilidad civil. Por ello si no hay daño no hay nada que reparar o indemnizar y, por ello no hay ningún problema de responsabilidad civil.

En sentido amplio, según TABOADA CORDOVA⁵⁸, “se entiende por daño, a la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación”; dicho de otro modo, el daño es concebido como el menoscabo o detrimento al interés jurídicamente tutelado de los particulares que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una convivencia pacífica.

Sobre este tema, nos ocuparemos con mayor amplitud más adelante.

c) **La relación de causalidad.** Es otro de los requisitos de toda responsabilidad civil, puesto que si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

⁵⁸ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., p. 29.

La relación de causalidad, es el nexo que existe entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho; en pocas palabras, es el nexo que debe existir entre el hecho y el daño, una relación de causa-efecto o antecedente-consecuencia entre las conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima.

En el campo extracontractual, el Código Civil Peruano, ha consagrado la **teoría de la causa adecuada** (aquel suceso que normalmente produce esa consecuencia), en su artículo 1985⁵⁹; mientras que en el contractual se ha consagrado la **teoría de la causa inmediata y directa** (es causa del daño, el suceso más cercano al daño), en el artículo 1321. Pero, según el profesor TABOADA CORDOVA⁶⁰, para efectos prácticos, las dos teorías nos conducen al mismo resultado.

Cuando el resultado es consecuencia lógica de una causa única es fácil encontrar la causa del daño. Pero, muchas 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 la concausa

⁵⁹ TABOADA CORDOVA, Lizardo, a este respecto señala que: “Para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos: Un *factor in concreto* y un *factor in abstracto*. El *factor in concreto* debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la consecuencia del *factor in abstracto* para que exista una relación de causalidad adecuada. Este segundo factor debe entenderse en los términos siguientes: *La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado*”. Ob. Ci., p. 76 a 77.

⁶⁰ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., p. 31.

(artículo 1973 del Código Civil)⁶¹, en que si bien se ha producido como consecuencia de la conducta del autor, pero ello ha ocurrido con la contribución de la propia víctima. En este supuesto, el Juez se halla facultado para reducir la indemnización a cargo del autor, teniendo en cuenta el grado de participación de la víctima, lo cual será apreciado por el Juez según cada caso particular.

El nexo causal, puede romperse por situaciones diversas, a los que se denomina *fractura causal o causa ajena*, que se configura cada vez que en un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas, las mismas que son: La fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero (artículo 1972 del Código Civil)⁶². 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. A 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*. Cuando concurre la causa ajena en la producción del daño, el autor de la causa inicial, no tendrá ninguna responsabilidad.

La fuerza mayor y el caso fortuito, son eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Ambos se diferencian por su origen, mientras la fuerza mayor tiene su origen en un evento de la

⁶¹ El artículo 1973 del Código Civil expresa: “Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias”.

⁶² 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”.

naturaleza, por ejemplo un terremoto, el caso fortuito se origina en un acto de autoridad, por ejemplo la declaración de guerra. En caso de que el daño ha sido causado, por ejemplo por culpa exclusiva de la víctima que ha decidido suicidarse y, para tal efecto, se arroja debajo de un vehículo en plena marcha en una autopista, no habrá responsabilidad civil del actor de la causa inicial (chofer del vehículo), porque el daño ha sido consecuencia del autor de la causa ajena (el suicida).

Asimismo, el daño no siempre puede ser ocasionado por una sola persona, puesto que pueden concurrir en la producción del daño 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*. En estos supuestos, conforme establece el artículo 1983 del Código Civil⁶³, los autores con relación a la víctima 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 distribuye en partes iguales.

⁶³ 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”.

d) **Los factores de atribución.** Se conoce también como *criterio de imputación*.

Constituye el fundamento del deber de indemnizar. Según TABOADA CORDOVA⁶⁴, los factores de atribución, "son aquellos que determinan finalmente 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 antijuridicidad, el daño producido y la relación de causalidad".

En la responsabilidad contractual, el factor de atribución la *culpa*, que es clasificado en tres grados: El dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve, los que se hallan señalados en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil⁶⁵; mientras que en la responsabilidad extracontractual, los factores de atribución son: *La culpa y el riesgo creado*, previsto en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil.

Tanto en la doctrina y en la legislación, existen dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual: *El sistema subjetivo y el sistema objetivo*⁶⁶, cada uno de ellos contruidos o fundamentados sobre diferentes factores de atribución. Por ello, los factores de atribución del sistema subjetivo reciben también la calificación de

⁶⁴ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., p. 31.

⁶⁵ Establecen el artículo 1318 del Código Civil: "Procede con **dolo** quien deliberadamente no ejecuta la obligación". El artículo 1319: "Incorre en **culpa inexcusable** quien por negligencia grave no ejecuta la obligación". Artículo 1320: "Actúa con **culpa leve** quien 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".

⁶⁶ El sistema subjetivo es regulado por el artículo 1969 del Código Civil, mientras que el sistema objetivo por el artículo 1970 del mismo Código.

factores de atribución subjetivos, y los factores de atribución del sistema objetivo son calificados como factores de atribución objetivos.

El sistema subjetivo se fundamenta sobre la *culpa del autor*, que es justamente 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 e intención deliberado de causar daño) o la *culpa* (comprende tanto la negligencia e imprudencia) del autor, ya que de lo contrario no habrá responsabilidad.

El sistema objetivo se construye sobre la noción del *riesgo creado*⁶⁷, que viene a ser su factor de atribución. Según el mismo, si se trata de un bien o actividad riesgosa o peligrosa, basta acreditar el daño, además la relación de causalidad, siendo irrelevante la existencia de culpa o no.

3.3.1.4.- FUNCIONES.

Se distinguen dos funciones de la responsabilidad civil. A saber:

- a) **Función preventiva.** Pues busca generar en los ciudadanos el cuidado de un actuar prudente y responsable.

⁶⁷ Todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades suponen un riesgo ordinario. Pero, existen, y cada vez en mayor número, bienes y actividades que significan un riesgo adicional al ordinario, como por ejemplo los automotores. 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.

b) **Función punitiva.** Porque persigue concretar una penal privada, en principio indemnizatorio, que intentan asegurar a las víctimas la reparación de los daños privados que les han sido causados. Otros a esta función lo denominan como *función reparatoria*.

3.3.2.- EL DAÑO.

Como hemos adelantado, el daño es un componente esencial y determinante en la responsabilidad civil, tanto en la contractual como en la extracontractual. Se puede calificar como el elemento más importante en relación a los otros componentes de la responsabilidad civil; por ello es justamente que nos ocuparemos en un punto aparte.

3.3.2.1.- CONCEPTO.

Daño es, según CABANELLAS⁶⁸, “más particularmente, el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes”.

Como se tiene adelantado, para TABOADA CORDOVA⁶⁹ el daño jurídicamente indemnizable es “toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial”.

⁶⁸ CABANELLAS, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” T. III, segunda edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 5.

⁶⁹ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., p. 55.

De ahí que, al ser el daño un menoscabo o lesión a un interés jurídicamente tutelado la indemnización debe perseguir “no una sanción”, sino una “satisfacción” de dichos intereses conculcados.

3.3.2.2.- REQUISITOS.

En principio, existen diferentes tipos o clases de daños reparables, pero la doctrina exige que el daño para que sea reparable como elemento indispensable de la reparación civil y genere la obligación de indemnizar, debe ser cierto y subsistente⁷⁰.

a) **Certeza del daño.** El daño para que sea objeto de indemnización tiene que ser “cierto”, por lo cual debe ser demostrado su ocurrencia. Como señala DE TRAZEGNIES⁷¹ “[...] ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño”.

Entonces, contrario sensu, un daño incierto, que se presenta cuando las consecuencias del hecho dañoso no existen realmente o

⁷⁰ Un sector de la doctrina sostiene que, además de estos requisitos, deben concurrir otros dos requisitos más: *Afectación personal del daño* y que *el daño sea injusto*. La primera consiste en que sólo puede reclamar reparación del daño aquél que lo haya sufrido, o sea, sólo la víctima del daño está llamado a solicitar el pago de una indemnización. La segunda alude a que el daño no debe estar justificado por el ordenamiento jurídico, esto es, no sea consecuencia de una situación justificada. BELTRAN PACHECO, Jorge: “La Responsabilidad Civil”, en curso a distancia para Magistrados de la Academia de la Magistratura, 2002, pp. 36 a 41.

⁷¹ DE TRAZEGNIES, Fernando: “La Responsabilidad Extracontractual” Vol. IV, T. I, Biblioteca para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de PUCP, tercera edición, Lima, 1988, p. 17.

no son lógicas, necesarias, sino simplemente posibles, contingencias o hipotéticas, no da lugar a indemnización.

- b) **Subsistencia del daño.** No debe haber sido indemnizado con anterioridad o que se halla pendiente de indemnización, de pago, al momento del fallo, mas no se refiere a la existencia física o material del daño.

Este requisito establece que a efectos de solicitar una indemnización, el interés dañado a reparar no debe haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado a su satisfacción, ya que permitir su indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido.

3.3.2.3.- CLASES.

- a) **Criterios de clasificación.** Acerca de la clasificación de los daños existen hasta dos puntos de vista:

- **Por la naturaleza del ente afectado.**

- **El daño subjetivo.** Es aquel que agravia o afecta la naturaleza del ser humano mismo. Se refiere al ser del hombre, se incide contra el sujeto de derecho por excelencia. A este tipo de daño también se denomina "*daño a la persona*".

Este tipo de daño, a su vez se puede subdividir en:

- ***Daño psicosomático.*** Que puede incidir o sobre el cuerpo (ejemplo, un golpe) o sobre la psique (ejemplo, un trauma). Dependiendo de la incidencia del daño, se puede hablar de: 1) **Daño biológico** (la lesión en cuanto tal), que tiene como consecuencia una serie de efectos que harán modificar a la persona sus hábitos; y, 2) **Daño a la salud**, que son estas consecuencias negativas, incluyendo categorías como el daño estético, daño social.

- ***Daño a la libertad.*** Llamado también “*daño al proyecto de vida*”. Es aquel tipo de daño que afecta el destino que la persona otorga a su vida o, expresándolo en otras palabras, modifica el camino trazado, el objetivo trazado por el ser humano afectado por el daño. Este daño se caracteriza por ser un daño futuro y cierto, de acción continua en el período existencial del hombre.

- ***El daño objetivo.*** Es aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre; o sea, por aquellos que conforman su patrimonio.

- **Por las consecuencias o perjuicios derivados del daño.** Se distinguen dos tipos de daños:

- ***Daños patrimoniales.*** Son aquellos cuyas consecuencias pueden ser resarcidos en dinero cuanto la naturaleza del ente lo permite, es decir, cuando es dable que dichas consecuencias se cuantifiquen monetariamente, en forma directa e inmediata o, en su defecto, cuando el objeto dañado pueda ser sustituido por otro similar.
 - ***Daños extrapatrimoniales.*** Son aquellos que, una vez ocurridos, no es posible reponer a la víctima directamente por medio de dinero.
- b) **Los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.** Siendo éstas las clases de daños mayoritariamente aceptadas, nos referiremos a ellos.
- **Los daños patrimoniales.** Denominado también *daño extrapersonal*.

Son daños patrimoniales, los que afectan la esfera patrimonial del sujeto, es decir, aquel que incide sobre los derechos u objetos que integran su patrimonio o, como señala ESPINOZA ESPINOZA⁷², el daño patrimonial, “consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparado”.

⁷² ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “Derecho de la Responsabilidad Civil”, primera edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2002, p. 157.

Dentro del daño patrimonial, a su vez se distinguen dos categorías, a saber:

- **El daño emergente.** Es la pérdida patrimonial efectivamente sufrido por el sujeto afectado o, dicho de otro modo, es la disminución de la esfera patrimonial del dañado.
- **El lucro cesante.** Es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir a consecuencia del daño, esto es, aquello que se ha sido o será dejado de percibir o ganar a causa del acto dañino.

Es necesario tener presente que, en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que se enriquezca legítimamente. Asimismo, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño, lo cual no significa siempre que el daño emergente sea presente mientras que el lucro cesante es futuro.

- **Los daños extrapatrimoniales.** Denominado también como daño personal. Son los que lesionan a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual,

psicológico, inmaterial. Es decir, los daños extrapatrimoniales son las lesiones a los intereses de dicha naturaleza.

A diferencia del daño patrimonial, en que sus categorías son claras, respecto al daño extrapatrimonial existen en la doctrina diversas orientaciones, lo que ha originado discusiones y debates aún no concluidas; pues para algunos la única categoría de este daño es el *daño a la persona*, para otros es solamente el *daño moral*, y aún para otros por el contrario existen dos categorías: El *daño moral* y el *daño a la persona*, incluso otros opinan que ambos son categorías sinónimas.

Para efectos del presente trabajo tomaremos que son: categorías del daño extrapatrimonial, el daño moral y el daño a la persona.

- ***El daño moral.*** Según FERNANDEZ SESSAREGO⁷³, “el daño moral no es una instancia autónoma o diferente del daño a la persona, sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicas de la misma, de carácter emocional. Lo que se daña son los principios morales de una persona”. Es el dolor,

⁷³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral”, en Responsabilidad Civil, Palestra Editores, primera edición, Lima, 2005, pp. 124 a 127.

sufrimiento, aflicción, indignación, rabia, temor, entre otros, las manifestaciones emocionales, enmarcadas en el plano subjetivo, íntimo, de la persona; esto es, el daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así una modalidad psíquica del genérico daño a la persona, no compromete la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, pues como se ha anotado es un daño psicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante la vida de la persona, tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo.

El daño moral⁷⁴ se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual. Es un daño a determinado aspecto de la persona. Es un daño específico que corresponde básicamente a la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una

⁷⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: "Daño al Proyecto de Vida" en Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Nro. 50, diciembre 2006, p. 58.

perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico.

Por su parte, en opinión de TABOADA CORDOVA⁷⁵, "por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima". Agrega este autor que, "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. Así por ejemplo, una mujer casada, no podrá demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años".

Debe quedar claro que el daño moral no es igual que el daño psicológico, pues si bien ambos afectan el equilibrio espiritual, pero el psíquico o psicológico reviste connotación de índole patológico.

⁷⁵ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., p. 58.

- **El daño a la persona.** En doctrina no existe uniformidad en cuanto a su significado. Así, para un sector, es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo la pérdida de un brazo, mientras que para otros constituye la frustración al proyecto de vida de una persona.

A este respecto, FERNANDEZ SESSAREGO⁷⁶, “el daño a la persona significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, comprendiéndose dentro de él hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”, agrega, “es más compleja que el sufrimiento o el dolor”. El mismo autor⁷⁷, en resumen sostiene que “el daño a la persona es cualquier daño que lesione al *ser humano* ya sea en uno o varios aspectos de su unidad psicosomática o en su proyecto de vida o libertad fenoménica, sin exclusión”.

Ante tales divergencias, TABOADA CORDOVA⁷⁸, concluye señalando que, “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

⁷⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Daño al Proyecto de Vida”, p. 58.

⁷⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Deslinde conceptual ...”, p. 134

⁷⁸ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., p. 62.

psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado”.

3.3.2.4.- FORMAS DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO.

La finalidad de la responsabilidad civil, es lograr la indemnización del daño, la indemnización tiene el sentido de resarcimiento o reparación pecuniaria o material por un daño o perjuicio ocasionados, para restablecer el equilibrio patrimonial roto a consecuencia del acto dañoso.

A las formas de la indemnización se conoce también como *modelos resarcitorios*.

Dos son las formas tradicionales que se han utilizado para el pago de la indemnización, los mismos que son:

- a) **Reparación dineraria o por equivalente.** Según ESPINOZA ESPINOZA⁷⁹, “consiste en la compensación económica a la víctima”, en otras palabras, se compensa o se resarce el daño sufrido mediante una suma de dinero.

Es la forma que mayoritariamente prima tanto en los países extranjeros como en el nuestro; por la cual, se entrega una suma de dinero, que fija el Juez, según las circunstancias de cada caso.

⁷⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Ob. Cit., p. 174.

c) **Reparación en forma específica o natural.** Consiste en la reintegración en forma específica o volver las cosas al estado en que se encontraban si no se hubiese presentado el hecho dañoso o se ha producido el daño.

Este tipo de reparación, es de muy poco uso, pese a que es factible especialmente cuando se trata de daños a las cosas, en que puede entregarse un bien igual al que se dañó, no siendo de aplicación cuando se trata de daño moral y a la persona.

3.3.2.5.- CRITERIOS PARA LA CUANTIFICACION DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS.

Sobre los criterios que deben emplearse para cuantificar los daños producidos en un supuesto de responsabilidad civil, al menos en nuestra legislación, no se tiene un tratamiento adecuado.

a) En el **ámbito contractual**, se indemnizan los daños patrimoniales así como el daño moral, en cuanto sean consecuencia inmediata o directa del incumplimiento obligacional por parte del deudor. Como señala TABOADA CORDOVA⁸⁰, “en el campo contractual el monto indemnizatorio será mayor o menor dependiendo del grado de culpabilidad del deudor. Lo que significa que el monto indemnizatorio no depende exclusivamente de la relación de causalidad, sino también del factor de atribución subjetivo, es decir de la culpabilidad”. A este

⁸⁰ TABOADA CORDOVA, Lizardo: Ob. Cit., pp. 64 a 65.

respecto, el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil señala: “Si la inexecución o el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”. Consiguientemente, en los casos de dolo o culpa grave o inexcusable, el resarcimiento comprende los daños inmediatos y directos previsibles e imprevisibles al momento de contraer la obligación, mientras que en los caso de culpa leve los daños inmediatos y directos solamente previsibles al momento de asumir la obligación.

b) En el **campo extracontractual**, según el mismo autor, “el monto indemnizatorio no depende del grado de culpabilidad del autor del daño, sino únicamente de la existencia de la relación de causalidad adecuada, en tanto y en cuanto se indemnizan todos los daños siempre que sean consecuencia de una relación de causalidad adecuada. Esto significa que en el ámbito extracontractual se indemnizan todos los daños y no interesa la calificación de previsibles e imprevisibles, tampoco el que sea consecuencia inmediata o directa o no de la conducta antijurídica. Este principio recibe la denominación de “*reparación integral*”, y se encuentra claramente establecido en el artículo 1985 del Código Civil⁸¹. Es de agregar que el principio de reparación integral (*restitutio in integrum*), es un principio rector del resarcimiento de daños, el cual se dirige a que se logre la equivalencia

⁸¹ El artículo 1985 del Código Civil, establece: “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”.

ideal entre los daños sufridos y la indemnización otorgada al perjudicado.

Por otro lado, en lo que respecta a la cuantificación o determinación del monto de la indemnización, se pueden a su vez distinguir en caso de daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales.

1) Tratándose de los daños patrimoniales, como señala MISPIRETA GALVEZ⁸², “ en cuanto a los montos indemnizatorios que deben fijarse para la reparación de los daños patrimoniales, consideramos que no existe -o no debería existir- mayor problema para su cuantificación, ya que el Magistrado debe limitarse únicamente a liquidar los gastos o las ganancias frustradas que dejó de percibir la víctima, los cuales deben ser resarcidos por aquel a quien la normas impetren responsabilidad”; esto es, se determinará teniendo en cuenta las pruebas aportadas, no solamente sobre la existencia del daño, sino además de su cuantía en lo que respecta al daño emergente y al lucro cesante. No está demás reiterar que la indemnización que se solicite y asigne el Juez, debe tener como finalidad primordial dejar a la víctima en una situación similar a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso. De ahí que, no debe realizarse valoraciones subjetivas respecto a las condiciones de los participantes en el evento dañoso y sobre las circunstancias que lo rodean; la cuantificación debe realizarse de manera objetiva y

⁸² MISPIRETA GALVEZ, Carlos Alberto: “La determinación del *quantum* indemnizatorio de los daños”, en Actualidad Jurídica T. 102, Mayo 2002, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 68 a 71.

considerando los intereses lesionados, porque una indemnización que sea superior al monto real del daño y perjuicio constituiría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima, mientras que un resarcimiento inferior al daño y perjuicio producidos trasladaría el costo del mismo a la propia víctima. Sin embargo, es posible en virtud del principio general de equidad, que se pueda disponer una reducción prudencial del monto indemnizatorio, tal como es la tendencia jurisprudencial suprema en nuestro país, sobre todo considerando el estado económico del responsable del daño. **2)** No hay mayor discusión sobre que los daños extrapatrimoniales (daño moral y daño a la persona) son indemnizables, porque es una forma de compensar a la víctima, siempre que por otras vías aquel no pueda ser reparado tales como la rectificación, aclaración o desagravio público en el mismo medio (reparación en especie o *in natura*). Se han propuesto diversos métodos y criterios en las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina, sobre la determinación del monto de la indemnización de daños extrapatrimoniales, en la personalidad del sujeto dañado y la influencia de su medio circundante, el agravio producido con la situación económica de la víctima, la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño, las circunstancias del caso (edad, sexo, estado civil, actividad social, etc.), el comportamiento de las partes, la situación económica de las partes, las medidas mediante tablas fijadas previamente para efectos de seguros; esto es, que los criterios para valorar los daños

extrapatrimoniales no son uniformes. Se pueden tomar en cuenta una serie de aspectos, tal como señala el autor mencionado, “los montos que deben otorgarse en calidad de compensación por daños extrapatrimoniales no deben ser arbitrarios. Sin embargo, a diferencia de los daños patrimoniales, en el caso de los daños que no son susceptibles de valorización económica, se hace más complicado cuantificar adecuadamente el monto que se debe otorgar a la víctima. En nuestro país no se han aplicado criterios claros para determinar el *quantum* del daño extrapatrimonial, por lo que se ha recurrido indiscriminadamente al “*principio de equidad*”. Pero no se puede dar un catálogo cerrado, el mejor método para resarcir a la víctima es que debe tenerse en cuenta las circunstancias que se presentan en el caso concreto y, evaluando, de considerarlo necesario, los elementos que resulten relevantes para determinar el monto indemnizatorio.

En la jurisprudencia, se recurre para fijar el monto indemnizatorio, en el caso de daños extrapatrimoniales a los criterios de la prudencia, moderación y equidad. Así, en sentencias en casación en casos de divorcio por separación de hecho, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República lo ha señalado, a saber: En las Casaciones números 2860-2005-Callao, 3116-2005-Cono Norte y 1996-2006-Lima, señala que el monto indemnizatorio debe fijarse *moderadamente*; en las Casaciones números 3010-2005-Arequipa y 2670-2002-Lambayeque, expresa que el monto

indemnizatorio debe fijarse **prudencialmente**; en la Casación número 1840-2006-Moquegua, señala que el monto indemnizatorio se determine con criterio de **equidad**; y, en la Casación número 718-2004-Lambayeque, expresa que el monto indemnizatorio debe fijarse **acorde con la realidad**.

3.3.3.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA.

La responsabilidad civil en el ámbito familiar es de naturaleza extracontractual, tal como afirma BARBERO⁸³ y PLACIDO V.⁸⁴. Su fundamento está en el hecho de que los daños que se derivan no son como consecuencia de una relación contractual, ni siquiera en lo relacionado con el matrimonio.

A este respecto, PLACIDO V.⁸⁵, sostiene: “La afirmación de que la responsabilidad civil es de tipo extracontractual se sustenta en la existencia entre las partes del vínculo jurídico familiar que las relaciona y al que no puede extenderse el concepto de contrato al no tener por contenido obligaciones o derechos creditorios. Es verdad que en el derecho de familia los vínculos jurídicos no sólo tienen contenido personal; también existen casos en que a la vez el vínculo jurídico familiar se refiere a relaciones personales y patrimoniales, o por lo menos tiene consecuencias patrimoniales, pero no por eso deja de ser primordialmente personal. En cambio, en el ámbito contractual se está

⁸³ BARBERO, Omar U.: “Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 102.

⁸⁴ PLACIDO V., Alex F.: “Manual de Derecho de Familia”, p. 381.

⁸⁵ PLACIDO V., Alex F.: “Manual de Derecho de Familia”, p. 381.

frente a relaciones jurídicas de orden puramente económico. El contenido primordialmente ético de los vínculos jurídicos familiares, los separa netamente de los sólo económicos”.

Para la determinación de la responsabilidad civil familiar, se exigen los mismos requisitos generales de la responsabilidad civil; esto es, antijuridicidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución. Sin embargo, la responsabilidad civil familiar tiene ciertas particularidades o caracteres propias, como son:

- a) Se trata siempre de una *responsabilidad subjetiva*, recuperando plena validez el antiguo axioma de que “*no hay responsabilidad sin culpa*”; no cabe una responsabilidad fundada en el riesgo.
- b) Existe mayor *preponderancia del daño moral*, ya que los actos ilícitos, por regla general, producen daños en las más íntimos sentimientos de la persona, que serán casi siempre más importantes que los daños patrimoniales que puede haber.
- c) Hay particular *importancia de la prudencia y equidad del Juez*, debiendo tener especial cuidado en ponderar las circunstancias del caso, incluso debe aplicar el “principio del abuso del derecho” si se advierte ello.

3.3.4.-LOS DAÑOS EN EL DIVORCIO EN GENERAL Y EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

3.3.4.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

Refiere BARBERO⁸⁶, el primer antecedente histórico sobre la responsabilidad por daños derivados del divorcio, en encuentra en Roma. En la época imperial, los divorcios aumentaron, entonces se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente quien recibía una suma de dinero, surgiendo claramente su carácter resarcitorio, además del punitivo. El derecho justiniano siguió la misma senda; se aplicaba al cónyuge culpable una sanción pecuniaria que resultaba de significación para las clases pudientes, al punto que era eficaz para disuadir al cónyuge de su propósito de romper, injustificadamente, el vínculo matrimonial; se sancionaba igual al hombre y a la mujer. Además, el marido que repudiaba sin causa, debía entregar a su mujer una parte de su patrimonio y, si era la mujer, perdía la dote.

3.3.4.2.- TESIS SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS EN EL DIVORCIO.

Uno de los temas bastante controvertidos en el Derecho de Familia, es el referido a la indemnización de los daños derivados del divorcio, porque fundamentalmente las legislaciones no contenían normas especiales al respecto.

⁸⁶ BARBERO, Omar U.: Ob. Cit., pp. 140 a 141.

En la doctrina, respecto a este tema, se han esbozado básicamente dos teorías o tesis:

a) **Tesis negativa.** Conocida también como “*teoría tradicional o clásica o denegatoria*”.

Esta tesis ha sido ya superada; niega el resarcimiento por razones de orden moral y las buenas costumbres. Se afirma que, el divorcio no es fuente de daños, es una alternativa, a veces la única posible, ante el proceso de la convivencia matrimonial. Es menos dañosa separarse o divorciarse que continuar una convivencia tormentosa o insostenible. Entonces, se decía que en el divorcio estaba en juego la preservación de la moral y las buenas costumbres, que la conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos; es prolongar el divorcio mismo con propósito de lucro; la acción por la cual se pretende lucrar en la deshonra, es contraria a la moral y las buenas costumbres.

Agregaban que, la relación personal de los esposos, no se podrá degradar en pretensiones resarcitorias.

Los fundamentos por los que se deniega la indemnización o resarcimiento por los daños derivados del divorcio, se pueden sistematizar en:

- *Especialidad de las normas del Derecho de Familia.* Se señala que el régimen matrimonial es especial, y que las características propias de la institución del matrimonio atiende a una particular

realidad fundamental de convivencia que no permite aplicar las normas que son propias del ámbito comercial o relativas a la responsabilidad de los hechos ilícitos. Como sus normas son imperativas, torna inadmisibles la aplicación de normas de otras ramas del derecho privado, entonces no habiendo una norma expresa, no puede admitirse pretender indemnización alguna.

- *Otorgar indemnización por el daño, implica sancionar dos veces el mismo hecho.* De imponerse el deber de indemnizar daños y perjuicios, se sancionaría dos veces el mismo comportamiento, esto es, además de la disolución del vínculo matrimonial, se impondría una sanción pecuniaria.
- *El error en la elección del cónyuge.* No corresponde reparar el error de elección; o sea, se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido, entonces si por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente superadas antes de dar un paso trascendental en la vida.
- *Aumento de los divorcios por culpa.* La admisión de la reparación de los daños, implica el aumento de los litigios contradictorios, toda vez que las partes buscarán por todos los medios acreditar en juicio contradictorio, la culpa de su consorte para hacer

acreedor a la indemnización de los daños, eludiendo la vía del divorcio de mutuo acuerdo o por causal objetiva de separación de hecho.

- *Expectativas de ventajas económicas.* Se resalta que se crea expectativas de ventajas económicas para el que resulta ganador de la contienda.

b) **Tesis positiva.** Denominada también como “*tesis moderna o permisiva*”.

Parte del principio general en materia de responsabilidad civil, “del deber de no dañar”.

Según señala ZANNONI⁸⁷, toda causal de divorcio involucra un hecho ilícito civil, en tanto importan violación de deberes emergentes del matrimonio y dan lugar a la sanción civil del divorcio; y, aunque esos deberes no sean en sentido técnico, obligaciones de contenido patrimonial, su violación ocasiona daños, por lo que el daño indemnizable está representada por la apreciación patrimonial del daño, aunque el deber fuese, en su origen extrapatrimonial.

Si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de divorcio, comete un hecho ilícito, porque viola deberes derivados del matrimonio.

⁸⁷ ZANNONI, Eduardo A.: Ob. Cit. T.II, p. 233

La satisfacción del cónyuge perjudicado o inocente, que resulta ser el cónyuge víctima del daño generado por los hechos desencadenantes del divorcio, no se alcanza con la sanción de culpabilidad para el ofensor, sino que se atiende con la indemnización que debe imponerse en forma paralela.

Quienes defienden esta tesis, respondiendo a los fundamentos de la tesis opuesta, sostienen:

- *El derecho debe adecuar sus normas al derecho civil constitucional y respetar el rango superior del principio de no dañar, de jerarquía constitucional y supranacional. El principio de no dañar a otro, es un derecho que hace a la dignidad y a la integridad física y psíquica de la persona humana, derecho de jerarquía supranacional.*

Por otro lado, la especialidad en materia de familia no puede crear una tercera rama del derecho ni impide la aplicación de los principios generales. El Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, sino recurre a otras reglas generales.

No es necesario incluso que exista norma expresa que disponga la reparación por daños en el divorcio, mas aún que ahora ya casi todas las legislaciones han incorporado normas expresas al respecto.

- *La indemnización del daño, no tiene naturaleza sancionatoria, sino reparadora.* La reparación de daños, incluido el daño moral, tiene finalidad reparatoria, por lo que no hay doble sanción.
- *La reparación del daño no implica la indemnización del error sino del perjuicio.* Sólo cabe la reparación si el compañero erróneamente elegido, comete un acto antijurídico que produzca un daño.
- *Los divorcios por causal de culpa, no va en aumento, sino por el contrario son el mutuo acuerdo y la separación de hecho, y otras causales objetivas, los que van en aumento para obtener el divorcio, pero si aún en estos supuestos se ha causado daños, debe responderse por él.*
- *La indemnización por daños, no otorga ventajas económicas, sino repara el daño causado.* Sobre todo, la indemnización por daño moral, no otorga ventajas económicas sino busca paliar el perjuicio sufrido.

3.3.4.3.- DAÑOS INDEMNIZABLES EN EL DIVORCIO.

El divorcio en sí como los hechos constitutivos de sus causales, ordinariamente infieren daños objetivos y subjetivos o patrimoniales o extrapatrimoniales, al cónyuge inocente o perjudicado, incluso a los hijos.

En este tema, a decir de ZANNONI⁸⁸, la doctrina mayoritaria distinguen entre:

- a) **Daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio.** Se refiere a los daños que han causado la violación de los deberes jurídicos, que resultan de las causales del divorcio, hasta la sentencia.

Son daños que inflige al cónyuge inocente el hecho ilícito constitutivo de la causal de divorcio probada en el proceso y son, por ende, daños inmediatos. De ahí que los hechos que determinaron el divorcio, son considerados como causa de daño resarcible; tales hechos son fuente de indemnización en la medida en que hayan constituido lesión o menoscabo de derechos no solo personalísimos; las conductas que se juzgan como causas del divorcio suelen ser efecto de desencuentros afectivos, de la quiebra del proyecto común, de la pérdida del respeto recíproco.

Sin embargo, la causa del divorcio, no siempre constituye causa de resarcimiento de orden económico; tiene que ser de grave ataque a los intereses personales del cónyuge inocente y comprometan gravemente su legítimo interés persona, o le inflige una grave ofensa.

Aun en los casos de causales objetivas, por ejemplo en la separación de hecho, se puede distinguir al cónyuge perjudicado, ya

⁸⁸ ZANNONI, Eduardo A.; Ob. Cit. T.II, pp. 231 a 235.

que de alguna manera, en estos supuestos existe un cónyuge que ocasiona tal situación.

La responsabilidad por los hechos o causales del divorcio, deben ser analizados según las circunstancias de cada caso particular.

b) **Daños derivados del divorcio en sí.** El divorcio como tal, puede también importar daños mediatos o consecuencias inmediatas, son daños causados por el divorcio en su proyección desde la sentencia en adelante y con respecto a la situación y estado que le crea en su vida posterior el cónyuge que ha ocasionado el divorcio. El daño que sufrirá sobre todo solamente.

El divorcio en sí mismo, no solamente puede producir daños de carácter moral, sino también patrimonial, los que también tendrán que analizarse en cada caso particular.

3.3.4.4.- TIPOS DE DAÑOS INDEMNIZABLES EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

En el caso del divorcio, cuando alguno de los cónyuges sufre algún daño, éste debe ser reparado a fin de dejar a la víctima, en la medida de lo posible, en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de su ocurrencia; puesto que la principal razón para que exista un sistema de responsabilidad civil es precisamente la de cumplir una función resarcitoria.

Por otro lado, los daños ocasionados por la separación de hecho, se trata de un supuesto tipificado de responsabilidad civil, que se produce por la conducta antijurídica del consorte que la motivó; cuya *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, concurriendo, como *factor de atribución* la culpa exclusiva de aquel.

Se debe tener presente que para determinar la indemnización, en primer lugar se debe determinar o establecer la existencia, en el proceso judicial correspondiente, del cónyuge perjudicado, por lo cual tiene que aportarse las pruebas correspondientes sobre ello y también sobre la magnitud de los daños, porque de no ser así no se configuraría el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad. Entonces, establecido quién es el cónyuge perjudicado, que es 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 ello, resulta indispensable la prueba de los daños ocasionados, lo cual permite al Juez definir la magnitud y, de esa manera, fijar la reparación acorde al daño, para lo cual y como lo hemos señalado, se recurre a la prudencia, sobre todo en los daños subjetivos o extrapatrimoniales, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso.

Como se tiene señalado, del texto del artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495, en el caso del divorcio por causal de separación de hecho, el Juez debe velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado, debiendo señalar una indemnización por daños, incluido el daño personal. Entonces, en el divorcio por la causal señalada, los daños que se pueden producir y, consiguientemente, reparar por los jueces, en nuestro país, son tanto los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y los daños extrapatrimoniales (daño moral y el daño a la persona).

a) En lo que respecta a los **daños patrimoniales o extrapersonales**, generalmente provienen de daños subjetivos o extrapatrimoniales. Así, como lo señala PLACIDO V.⁸⁹, “las consecuencias extrapersonales son los *daños emergentes* referidos a los gastos incurridos en el tratamiento y recuperación del cónyuge que motivó la separación de hecho por las lesiones corporales o los agravios psicológicos sufridos”; en estos supuesto, indudablemente hay disminución patrimonial efectivo al tener que pagar por dichos gastos.

En lo que respecta al *lucro cesante*, aun cuando ALEX PLACIDO niega su posibilidad por considerar que el matrimonio no responde a intereses personales de contenido patrimonial; sin

⁸⁹ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, pp. 124 a 125.

embargo, no se puede descartar que el divorcio por causal de separación de hecho puede hacer que el cónyuge deje de percibir un beneficio patrimonial que debería de seguro a su patrimonio, tal es el caso de tener que vender una empresa que explotaba el cónyuge que no ocasionó la separación ante la imposibilidad de ser adjudicada, perdiendo seguir explotando dicha empresa que le era rentable.

b) **Los daños subjetivos o extrapatrimoniales**, son los tipos de daños que con mayor frecuencia se producen en el divorcio en general, así como en el de causal de separación de hecho. Siempre citando a ALEX PLACIDO, las consecuencias personales están referidas al *daño moral* y la aflicción de los sentimientos, así como el *daño al proyecto de vida matrimonial* y, en no muy pocas ocasiones, se puede presentar *daño psicológico* o pérdida, de diversa magnitud, del equilibrio psíquico que asuma un carácter patológico.

Es tal vez, el daño moral, entendida como aquel que tiene como consecuencia la vulneración de su dimensión afectiva, la que tiene preponderancia en el divorcio, ya que son más los daños en los íntimos sentimientos del cónyuge perjudicado los que acarrea el divorcio; así, serán heridas sus sentimientos al ser su hogar destruido, sentirá menosprecio en ciertos medios sociales, particularmente cuando se ha alcanzado cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo

considerable, los que deberán ser apreciados por el Juez según el caso concreto que se presente.

Finalmente, es de señalar que el divorcio produce más daños en los más íntimos sentimientos de la persona, que son más importantes que los daños patrimoniales; más que en el Derecho de Familia, las relaciones personales tienen rango superior sobre los patrimoniales.

3.3.4.5.- INTERPRETACIONES DEL ARTICULO 345-A, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

El segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, incorporado por el artículo 4 de la Ley número 27495, dispone textualmente:

“[...]”

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 la doctrina, este dispositivo legal no ha tenido una interpretación uniforme y tranquila, respecto a que si el señalamiento por

daños debe el Juez efectuarlo aún cuando no haya sido demandado o reconvenido.

Por lo cual, podemos distinguir dos criterios opuestos de interpretación:

Un primero que propugna **Alex F. Plácido Vilcachagua**, según el cual es obligación impuesta al Juez que una vez determinado el cónyuge perjudicado, fijarle a su favor una indemnización; un segundo propugnado por **Carmen Julia Cabello Matamala**, para quien el pago de la indemnización debe ser alegada expresamente, en la demanda o en la reconvenición, según el caso. Veamos los fundamentos de ambas posiciones:

a) **Fijación de oficio de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.** Como hemos adelantado, esta tesis o criterio, es propuesto por PLACIDO V., Alex F.⁹⁰, quien señala: “Con el propósito de reparar los daños que pueda sufrir el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos, etc.; así como, con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente ese cónyuge perjudicado por la separación de hecho, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades y, en su caso, la de sus hijos al concluir el vínculo matrimonial, a propósito de la conducta del consorte que motivó tal estado, demostrando la intención manifiesta de sustraerse

⁹⁰ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, pp. 122 a 125.

al cumplimiento de sus obligaciones conyugales y familiares, la ley impone al juzgador la obligación de velar por su estabilidad económica". Agrega, acerca de los daños ocasionados por la separación de hecho, "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 de divorcio, hacia el cónyuge perjudicado y que resulta de la conducta antijurídica del consorte que la motivó. [...]. 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 de 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 a su prudente juicio, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso". Además precisa, "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".

Consideramos, que es ésta la orientación que sigue **Max Arias-Schreiber Pezet**⁹¹, cuando señala, al comentar el dispositivo legal antes mencionado: “Además, [...] el Juez está en el deber, como regla general, de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho e inclusive señalar una indemnización por los daños y perjuicios que resulten (daño emergente y lucro cesante), incluyendo el daño personal. Es interesante anotar que en este precepto se alude correctamente al daño personal y no se limita al daño moral, que es doctrinariamente menos amplia”. Igual es la orientación que le ha dado **Javier Rolando Peralta Andía**⁹², pues éste pone énfasis al reproducir el texto legal de que tratamos. Finalmente, **Enrique Varsi Rospigliosi**⁹³ comparte esta tesis, cuando señala, “ [...], a efectos de brindar seguridad y garantía al cónyuge demandado, la denominada ley de separación de hecho ha considerado pertinente facultar expresamente al Juez para que vele por la estabilidad económica del cónyuge que no motivó la separación, [...], debiendo señalar una reparación por el daño moral, [...]”.

Esta es la orientación que ha dado las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de manera uniforme en las sentencias casatorias expedidas, así tenemos, a manera de muestras, las siguientes:

⁹¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max: Ob. Cit., T. VII, p. 317.

⁹² PERALTA ANDIA, Javier Rolando: Ob. Cit., p. 337.

⁹³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Ob. Cit., p. 51.

- CASACION Nro. 2449-2006-CUSCO, del 22 de agosto del 2006, de la Sala Civil Permanente, que en su parte pertinente señala:

“[...] **Tercero.-** Que, la indemnización es el resarcimiento pecuniario de los daños que se ocasiona en perjuicio de alguna persona, entendiéndose por daño personal al daño no patrimonial inferido en los derechos de la personalidad, en los valores, que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad, debiendo por tanto probarse el desmedro y cómo este ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede ser cuantificable económica o patrimonialmente por el juez. **Cuarto.-** Que, en el considerando décimo cuarto de la sentencia de vista, la Sala ha señalado que la demandada no ha solicitado oportunamente tal indemnización y menos ha probado que haya sufrido daño con la separación de hecho, siendo improcedente su atención en esa instancia. **Quinto.-** Que, la Sala la para denegar la indemnización parte de la premisa que la demandada no ha solicitado oportunamente tal indemnización; en este sentido cabe tener presente que la recurrente al contestar la demanda no alegó el perjuicio o daño ocasionado a su persona, motivo por el cual el Juez de Primera Instancia no se pronunció al respecto y, si bien el espíritu de la norma radica en la protección económica del cónyuge abandonado que hubiera sufrido algún perjuicio, debe considerarse también que siendo la sentencia una operación analítica y crítica, mediante la cual el juez elige entre la tesis del actor o la antítesis del demandado, esta puede fundarse en alegaciones no efectuadas por

las partes ni mucho improbadas, por tanto la recurrente debió hacer valer su derecho en su oportunidad y no al momento de apelar la sentencia de primera instancia. **Sexto.-** Que, asimismo, cabe señalar que **la norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido, siendo así el segundo párrafo del artículo 345-A del Código acotado en forma imperativa exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulta perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efecto de cuantificarlo vía indemnización; por lo tanto, lo alegado por la recurrente que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización es cierto, pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado, siendo así, la Sala al concluir que la demandada tampoco ha probado que haya sufrido perjuicio o daño alguno con la separación, ha efectuado una correcta interpretación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, al pronunciarse respecto de la indemnización advertida dado el carácter imperativo de la norma, sin embargo en base a las pruebas aportadas ha considerado que no se ha acreditado el daño o perjuicio alegado. [...]⁹⁴. (el resaltado es nuestro).**

- CASACION Nro. 2413-2005-LIMA, del 19 de abril del 2006, de la Sala Civil Transitoria, que en su parte pertinente señala:

⁹⁴ Diario Oficial El Peruano, separata Sentencias en Casación, 30 de noviembre 2006, p. 17820.

[...] **Segundo.-** Que, en principio, cabe precisar que, conforme se advierte de la sentencia de vista recurrida de fojas cuatrocientos noventa y seis –que, en discordia, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda-, el Colegiado Superior consideró que no ameritaba pronunciamiento el argumento contenido en la apelación de sentencia referido a que el Juez de la causa había incurrido en inaplicación del artículo 345-A del Código Civil, al omitir fijar una indemnización a favor de la demandada, quien considera ser la perjudicada con el abandono de la casa conyugal que realizó el demandante. **Tercero.-** Que, la razón por la cual el Colegiado Superior consideró que dicha alegación no ameritaba pronunciamiento fue porque la indemnización no fue establecida como punto controvertido, razón por la cual consideró que carecía de objeto de pronunciarse al respecto, precisando además, que la demandada fue declarada rebelde por no haber contestado la demanda, corriendo igual suerte su reconvención. [...]. **Quinto.-** Que, en la mencionada reconvención (que no fue admitida a trámite por haber sido presentada en forma extemporánea) la demandada pretendía, entre otros puntos, que se fije una indemnización por concepto de daños, amparando su pedido en lo normado en el artículo 345-A del Código Civil. **Sexto.-** Que, de lo hasta aquí reseñado, y teniendo en consideración el texto del artículo 345-A del Código Civil, se advierte que la denuncia de vicios *in procedendo* merece ser amparada, pues no obstante que la glosada norma sustantiva impone como un deber de los Jueces el señalar una indemnización por daños (el texto expreso de la norma, en su parte pertinente establece “... El juez velará por la

estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de las sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder ...”), sin embargo, el **Colegiado Superior omitió pronunciarse sobre dicho aspecto, como si la norma mencionada fuese de carácter facultativa. Sétimo.-** Que, fue con dicho proceder que se colocó a la demandada en una situación de indefensión, pues, **no obstante el evidente carácter imperativo de la glosada norma sustantiva, se omitió resolver lo pertinente en relación a la existencia o no de un cónyuge que resulte perjudicado, caso en el cual, deberá fijarse una indemnización a cargo de la parte no afectada [...]. Octavo.-** Que, no está demás precisar, que si bien la **fijación de una suma de dinero en calidad de indemnización por mandato del artículo 345-A del Código Civil es una obligación ineludible para los jueces (aunque no haya sido solicitado)**, el establecimiento de dicho concepto se encuentra íntimamente vinculado a la apreciación de los medios probatorios en cada caso concreto, siendo esta evaluación una etapa previa e ineludible para determinar si corresponde fijar una indemnización. [...]”⁹⁵ (el resaltado es nuestro).

⁹⁵ Diario Oficial El Peruano, separata Sentencias en Casación, 31 de agosto 2006, p. 17028.

De lo manifestado, se concluye que aun cuando no haya sido solicitado como pretensión en la demanda o en la reconvencción, según el caso, la indemnización por daños, el Juez tiene el deber de emitir pronunciamiento al respecto.

b) **Fijación por pretensión expresa de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.** Contraria a la posición anterior, es **Carmen Julia Cabello Matamala**⁹⁶, cuando al comentar la causal de separación de hecho, señala: “[...], si bien el texto legal señala literalmente que le corresponde al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, para lo cual debe señalarse una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, [...], interpretar que su señalamiento debe ser de oficio, resulta contrario a 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

⁹⁶ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia: “Causales de Separación de Cuerpos” en Código Civil Comentado T. II-Derecho de Familia, segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 365.

consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por el titular en el proceso judicial, en la demanda o en su caso en la reconvención”.

Para esta posición, si el cónyuge perjudicado con la separación de hecho pretende se le indemnice por los daños que se le haya podido causar, tiene que solicitar expresamente, como pretensión contenido en la demanda o en la reconvención, según el caso.

Esta orientación siguen algunos Juzgados de Familia y Salas Civiles Superiores. Lo que inquieta realizar la presente investigación.

3.3.4.6.- REQUISITOS PARA FIJAR LA INDEMNIZACION.

Para fijar una indemnización por daños ocasionados a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, del texto del artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil, se requiere:

a) **Determinación del cónyuge perjudicado.** Es el requisito fundamental, pues solamente se dispondrá una indemnización una vez que se haya determinado al cónyuge perjudicado, de lo contrario no procede señalar tal indemnización. Así también señala PLACIDO VILCACHAGUA⁹⁷, “Téngase presente que para determinar la

⁹⁷ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex: “Las causales de divorcio y separación de hecho en la jurisprudencia civil”, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 56.

indemnización primero se debe establecer la existencia, en el proceso que se trate, del cónyuge perjudicado. De no ser así, no se configura el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar”.

- b) **Acreditación de los daños y su magnitud.** Acreditado el cónyuge perjudicado, deben también probarse los daños ocasionados y la magnitud o gravedad de las mismas, para así determinar el monto indemnizatorio.

3.3.4.7.- REPARACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO EN LA LEGISLACION COMPARADA.

Los Códigos Civiles de Alemania, Holanda, Bélgica, Portugal, Austria, Noruega, Escocia, Finlandia, Italia y España, entre otros, prevén la ruptura de la vida en común, resultante de separación de hecho; sin embargo, no contiene norma especial que prevea la obligación de reparar por daños causados por la separación de hecho.

Entre las legislaciones latinoamericanas, Argentina, Venezuela, Uruguay, México, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, en sus Códigos Civiles, y Bolivia en su Código de Familia, contemplan a la separación de hecho como causal de la separación persona y divorcio, pero no contienen norma especial que disponga la obligación de indemnizar por los daños ocasionados en tal supuesto.

3.4.- LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO, CONGRUENCIA PROCESAL Y PREDICTIBILIDAD JUDICIAL, Y LA SEGURIDAD JURIDICA.

3.4.1.-EL PRINCIPIO DISPOSITIVO.

Conocido también como *principio de iniciativa de parte*.

3.4.1.1.- CONCEPTO Y ALCANCES.

Este principio predomina en el proceso civil dada la orientación privatista, por discutirse derechos patrimoniales y extramatrimoniales, sin que ello signifique que el Juez sea un agente pasivo.

Se basa en los principios romanos "*nemo iudex sine actore*" (No hay juez sin actor) y "*ne procedat iudex ex officio*" (El juez no puede proceder o actuar de oficio).

Las partes son el sujeto activo del proceso, ya que sobre ellas recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto. Esto es, el proceso civil se inicia a instancia de parte, denominada parte actora, lo que significa que es determinado inicialmente por el demandante, exponiendo los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa y el pronunciamiento o resolución que solicita al Juez; con las alegaciones que pueda hacer el demandado se acaba de concretar el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que se discutirá a lo largo del proceso.

A decir de GUERRA CERRON⁹⁸, “El juicio pertenece a las partes” es la frase que describiría este principio, sin embargo no se trata de una pertenencia total o absoluta”. Agrega que, “Si bien corresponde a las partes, por interés, iniciar un proceso y determinar su objeto, el juez, en su calidad de director del proceso tiene una tarea impulsora, salvo que la ley expresamente lo prohíba”.

Este principio, inicialmente, como señala DEVIS ECHANDIA⁹⁹, tenía dos aspectos: a) Por el primero, significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ellas sus peticiones y desistirse; y, b) Por el segundo, que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el Juez pueda ordenarlas de oficio. Sin embargo, sobre todo en su segundo aspecto se ha superado, pues el Juez como director del proceso, se halla facultado para disponer la actuación de pruebas de oficio.

El principio de que tratamos, está contenido en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece:

“Principio de iniciativa de parte y de conducta procesal. El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. [...]”.

⁹⁸ GUERRA CERRON, J. María Elena: “Autonomía en la Justificación de Normas Procesales”, en Jus-Doctrina & Práctica, Nro. 6, Lima, 2007, p. 233.

⁹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando: “Teoría General del Proceso” T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 28.

3.4.1.2.- CARACTERISTICAS.

Se pueden señalar las siguientes:

a) **Iniciativa de parte.** El proceso sólo se inicia si existe o media de la correspondiente petición del interesado, a través de la materialización del derecho de acción a la presentación de la demanda, precisando el tema que será objeto de decisión. Responde a los aforismos ya mencionados.

De ahí que, el Estado, representado en el órgano jurisdiccional, debe estar siempre a disposición para brindar el servicio de justicia y dar una respuesta cuando la persona lo requiera.

b) **Tema de decisión.** Constituye el tema del debate o controversia de las partes. Ejemplo, el divorcio, la separación de bienes.

El tema es fijado por las partes, correspondiendo al demandante determinarlo en la demanda y al demandado en la contestación; esto constituye la materia sobre la cual el Juez da su sentencia.

c) **Hechos.** Es complementario de la anterior, el tema de decisión se funda en los hechos, los cuales invocan las partes en los mismos actos señalados (demanda y contestación).

d) **Impulso procesal.** En principio, le corresponde a las partes, pero también hay un deber del Juez de hacerlo; ya que el Juez no tiene un

rol pasivo en el proceso, por el contrario lo dirige hasta alcanzar la finalidad abstracta y concreta, con las excepciones de ley.

e) **Actividad probatoria.** La iniciativa para ofrecer los medios probatorios que demuestren los hechos materia de decisión, en virtud del principio de la carga de la prueba, contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil¹⁰⁰, para causar convicción en el Juez respecto a la veracidad de las afirmaciones que se hacen. Pero, el Juez como director del proceso, tiene facultad para ordenar de oficio la actuación de medios probatorios.

f) **Disponibilidad del derecho.** Las partes pueden desistirse, allanarse, reconocer o conciliar, incluso pueden abandonar el proceso en los casos en que se controvierten derechos disponibles y no prohibidos.

3.4.2.- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL.

3.4.2.1.- CONCEPTO Y ALCANCES.

En principio, la congruencia procesal es una de las derivaciones o consecuencias del ***principio dispositivo***, puesto que implica el señorío de las partes respecto de las pretensiones y de los hechos que sustentan dichas pretensiones.

¹⁰⁰ El artículo 196 del C.P.C. señala: “**Carga de la prueba.**- 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”.

Por otro lado, el principio de congruencia y el derecho de defensa, están íntimamente vinculados, por cuanto en todo proceso no debe apartarse a las partes del verdadero debate contradictorio, propuesto por ellos. De ahí que el principio de congruencia descansa sobre los principios dispositivo y contradictorio.

El principio de congruencia procesal, exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez y las pretensiones planteadas o propuestas por las partes en el proceso; es decir, este principio delimita el contenido de las resoluciones judiciales que debe proferirse, de acuerdo con el sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes en el proceso. No se trata de un principio aplicable sólo a las sentencias, sino a toda resolución judicial que deba responder a una petición.

Como señala GOZAINÉ¹⁰¹, “se denomina congruencia a la adecuación precisa entre lo pedido en la demanda y lo otorgado por la sentencia”. PEYRANO¹⁰² entiende que la congruencia procesal, “es la exigencia de que medie identidad entre las materias, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima”.

¹⁰¹ GOZAINÉ, Oswaldo Alfredo: “Derecho Procesal Civil” T. I, Vol. 2, EDIAR, Buenos Aires, 1992, pp. 690 a 691.

¹⁰² PEYRANO, Jorge: “El Proceso Civil. Principios y Fundamentos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 64.

Sin embargo, con un alcance mayor del concepto de congruencia procesal, ARELLANO GARCIA¹⁰³, señala que, “conforme a este principio han de resolverse todos y cada uno de los puntos cuestionados en el litigio correspondiente al proceso que se resuelve. Ha de resolverse sobre todo lo pedido, no ha de concederse más de lo solicitado. Ha de examinarse todo el elemento de prueba llevado a juicio”, mientras que QUINTERO y PRIETO¹⁰⁴, consideran que, “el thema decidendum lo dictaminan las partes, y el juez en su sentencia no pueden violar esos linderos, el juez tiene que fallar según lo pedido por las partes y no puede excederse. La sentencia tiene que mantenerse dentro de los confines de las peticiones propuestas y de las excepciones o defensas alegadas. El juez tiene que resolver todo lo que las partes someten a su consideración, pero nada mas”.

El proceso, se desenvuelve a través de un juego dialéctico, en que a cada parte se le da la oportunidad de exponer sus argumentos fácticos y jurídicos, así como de aportar sus pruebas pertinentes, en busca del convencimiento del Juez hacia la posición que defiende. Como en todo juego, éste posee un orden: En la etapa postulatoria, las partes tienen la carga de expresar los hechos que configuran sus pretensiones u oposiciones, y de acreditarlos. Con ese material el Juez fija los puntos controvertidos, respecto de los cuales decide la pertinencia o admisión de los medios probatorios para su posterior actuación y valoración.

¹⁰³ ARELLANO GARCIA, Carlos: “Teoría General del Proceso”, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 40.

¹⁰⁴ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio: “Teoría General del Proceso”, tercera edición, Editorial Themis, Bogotá, 2000, p. 123.

La congruencia, además de constituir una derivación del principio dispositivo, constituye un postulado de la lógica formal: El principio de identidad, que en el proceso se traduce en la necesaria identidad entre lo solicitado y debatido, y lo que se resuelve en el proceso.

La correlación debe darse en el triple orden de los sujetos, del objeto y de la *causa petendi*:

- a) **Congruencia con las personas o sujetos del proceso.** La legitimación procesal que constituya en partes a los sujetos enfrentados en una controversia, determina quienes han de ser los que resultan interesados en el pronunciamiento judicial. Tiene que individualizarse las personas, sin posibilidad de remisión indeterminada o ambigua.
- b) **Congruencia con el objeto procesal.** La congruencia de este encuadre es doble: El primer aspecto, refiere a las peticiones o pretensiones que se plantearon como objeto y *causa petendi* y su vínculo con la sentencia íntegramente considerada. Y la restante, recae en la parte dispositiva exclusivamente para advertir si el fallo atiende a todas y cada una de esas cuestiones.
- c) **Congruencia respecto de la causa.** La invocación que las partes hacen otorgando a sus afirmaciones un sentido jurídico que creen justo y adecuado, no puede modificarse posteriormente sin desmedro

de la garantía operante de la defensa en juicio. Las partes son los que llevan el material de conocimiento, y el Juez no puede apartarse de ellas, ni calificarlas adecuadamente, si con ello desvirtúa el sustrato mismo de la pretensión.

De este modo, se destaca la ***congruencia externa***, la misma que se refiere a la concordancia o armonía entre el pedido y la decisión sobre éste, y la ***congruencia interna***, que es la relativa a la concordancia que necesariamente debe existir entre la motivación y la parte resolutive.

El principio de congruencia procesal, se halla consagrado en el segundo párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que señala:

“Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Comentando dicho dispositivo legal y refiriéndose al principio de congruencia, ARIANO DEHO¹⁰⁵ señala que, “[...] el virtud del cual, el juez no puede resolver cosa distinta de la demandada (no puede ir mas allá del petitorio) [...]. El petitorio es la concreta solicitud que se

¹⁰⁵ ARIANO DEHO, Eugenia: “Apuntes sobre el Título Preliminar del Código Procesal Civil”, en Cátedra Año II, Nro. 3, 1998, p. 13

hace al juez de emisión de una determinada resolución con un determinado contenido: pido se declare el divorcio, pido se condene a Ticio al pago de 100, etc. El petitório es lo que se pide se declare por el juez. El principio de congruencia implica que el *decisión* (el fallo) del juez coincida con el *petitium*" ¹⁰⁶.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República¹⁰⁷, ha entendido que, "la congruencia en sede procesal, es el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse (expedirse) de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes [...], para que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones".

Entonces, cuando en una resolución judicial existe un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus peticiones, concediendo más, menos o cosa distinta de lo pedido, estamos ante una resolución incongruente, lo que vulnera el principio de contradicción y, consiguientemente, causa indefensión. Seguidamente nos referiremos a la incongruencia procesal.

¹⁰⁶ El *petitium* o *petitorio*, es lo que se pide al Juez u objeto de la pretensión. La *causa petendi*, es el fundamento o razón de la pretensión, es lo que sustenta su petición de tutela jurídica. La *pretensión procesal*, es la declaración de voluntad a través de la cual alguien reclama algo ante el órgano jurisdiccional en miras a la satisfacción de un interés concreto y frente a una persona distinta del autor en la declaración. La *pretensión*, es el objeto del proceso.

¹⁰⁷ CASACION Nro. 1762-99, en Actualidad Jurídica T. 157, diciembre, 2006, p. 86.

3.4.2.2.- LA INCONGRUENCIA PROCESAL.

Como hemos adelantado, debe existir una relación entre la *causa petendi* y la *ratio decidendi*; esto es, estamos ante la incongruencia procesal cuando no existe relación entre lo que se decide y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones.

Nuestra legislación vincula el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el debido proceso, correspondiendo a este último el derecho de defensa, el mismo que sirve de engranaje de todos los demás derechos que componen el derecho fundamental al debido proceso. Si el Juez soslaya los hechos alegados por las partes y traspasa los límites dentro de los cuales ellos fijaron la controversia, es obvio que habrá violado el principio de contradicción y, consiguientemente, el derecho de defensa.

Concordando con ZVALETA RODRIGUEZ¹⁰⁸, en la doctrina se distinguen hasta tres tipos de incongruencia: La subjetiva, la incongruencia respecto del material fáctico, y la objetiva. El Código Procesal Civil peruano, contempla hasta tres variantes de la incongruencia: 1) La que se produce respecto a los hechos alegados por las partes; 2) La objetiva en su modalidad de incongruencia *ultra petita*; y, 3) La objetiva en su modalidad de incongruencia *extra petita*; las dos primeras son reguladas por el artículo VII del Título Preliminar y la última

¹⁰⁸ ZVALETA RODRIGUEZ, Róger Enrique y otros: "Motivación de las Resoluciones Judiciales", en Razonamiento Judicial, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 447 y ss.

por el artículo 172 del Código mencionado. Veamos estos tipos de incongruencia:

a) **Incongruencia subjetiva.** Se presenta cuando el Juez no emite pronunciamiento sobre alguna persona que integra una de las partes, o cuando ésta se refiere a alguien ajeno al proceso, salvo el caso de sucesión procesal.

b) **Incongruencia respecto al material fáctico.** Ocurre cuando el juzgador funda su resolución en hechos distintos o ajenos de los que han alegado o aceptado por el actor o el demandante. Como témenos señalado, según el principio dispositivo son las partes quienes aportan al proceso los elementos de hecho y las pruebas que los acreditan, quedando el Juez vinculado a los mismos; estando prohibido al Juez introducir en el debate procesal hechos diversos a los expuestos por los justiciables. Un hecho no alegado por las partes es una cuestión no debatida en el proceso, no pudiendo servir para fundamentar una decisión.

c) **Incongruencia objetiva.** Este tipo de incongruencia se presenta como producto del desfase o disconformidad entre los pedidos de los justiciables y la decisión judicial que debe resolverlas.

Comprende a su vez, los siguientes sub tipos de incongruencias:

- ***Incongruencia por “ultra petita” o “plus petita”.*** Se presenta cuando se concede mas de los pedidos por el actor, en lo que

respecta a la cantidad. Por ejemplo, cuando se pretende el pago de s/. 5,000, y se le concede el pago de s/. 8,000.

- ***Incongruencia por “extra petita”***. Ocurre cuando se pronuncia sobre extremo no demandado; esto es, la decisión judicial, apartándose de las peticiones formuladas por las partes, concede cosa distinta a la pedida o algo no pedido.

Pero, para que exista o se produzca la incongruencia por exceso, según GONZALES MALABIA¹⁰⁹, quien cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se requiere, una **modificación sustancial del objeto procesal**, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial, se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales”.

Asimismo, si los derechos en controversia trascienden el interés particular, **la prohibición de incongruencia por *extra petita***

¹⁰⁹ RODRIGUEZ MALABIA, Sergio: “La Congruencia como requisito de la Sentencia en la Jurisprudencia Constitucional del año de 1998”, en www.uv.cs/nripj/3serg.htm.

admite excepciones; como es el caso del derecho de familia, ya que los intereses discutidos no son típicamente de interés privado, sino también interesan a la sociedad. Igual ocurre en el derecho laboral y en los procesos constitucionales.

d) **Incongruencia por “*citra petita*” o “*infra petita*”.** También se conoce como *incongruencia omisiva*. Se produce cuando se omite decidir sobre alguno de los extremos del petitorio oportunamente propuesto, o cuando se otorga menos de lo pedido.

Sin embargo, no se incurre en incongruencia omisiva en el caso de una respuesta tácita, pero siempre que pueda extraerse como indubitable conclusión del conjunto de razonamientos expuestos por el Juez, el sentido de su fallo; por ejemplo, declarándose infundada la pretensión principal, las accesorias devienen también en infundadas.

Una resolución que ha omitido pronunciamiento sobre algún punto controvertido puede ser integrada de oficio o a pedido de parte (artículo 407 del Código Procesal Civil), vía corrección; el Juez superior también puede integrar la recurrida, pero sólo en su parte decisoria, o sea, siempre y cuando la fundamentación de la apelada aparezca en su parte considerativa (artículo 172 del Código Procesal Civil), pero si no existe motivación, el Juez superior debe declarar la nulidad de la resolución impugnada y devolver el proceso al *a quo*, pues, si resuelve sobre el punto omitido, violaría el principio de doble instancia y, por ende, el derecho a un debido proceso.

3.4.2.3.- FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Tal como se ha adelantado, en el punto precedente, el principio de congruencia procesal tiene excepciones o supuestos de flexibilización, que resultan de los textos legales vigentes, entre Códigos Procesales y leyes modernas; así como en la jurisprudencia. Sobre todo en materia laboral, de sociedades, constitucionales, en cuanto al derecho civil en lo que es el derecho de daños y los procesos de familia, este principio ha venido cediendo, para asegurar la solución justa o hacer operativo el derecho sustancial, evitando excesos rituales.

Nos interesa para el presente trabajo de investigación, preguntarnos sobre si todo supuesto de fallo "*extra petita*", afecta la congruencia procesal. Recordemos que se incurre en incongruencia "*extra petita*", entre otros, cuando en la decisión judicial se concede algo no pedido, es decir, se pronuncia sobre una o más pretensiones no postulados expresamente. A este respecto, tal como se ha venido sosteniendo en los últimos tiempos, no obstante que una sentencia traspasó la requerida como objeto de la pretensión y el demandado fue escuchado debidamente, no habría violación al derecho de defensa; al principio de congruencia, tiene que dársele mayor funcionalidad conforme a la realidad fluyente, la sintonía y adecuación de sus notas características, sobre todo respecto a su flexibilización en su rigidez de otrora, por la aparición de tendencias modernas producto de una visión

que confiere un rol más activo al Juez, claro sin desmedro de las garantías del debido proceso.

Ya hemos citado, la sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC 9/1998 del 12 de enero de 1998), recogiendo la tendencia moderna sobre la flexibilización del principio de congruencia, señala: “No existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícito o **era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso**” (el resaltado es nuestro). Justamente, en el caso del divorcio por causal de separación de hecho, **es una consecuencia inescindible de la pretensión principal**, el emitir pronunciamiento sobre el cónyuge perjudicado y consiguiente fijación de una indemnización a favor del mismo, como fluye del texto del artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil.

Además, siempre de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional Español señalada, “para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, [...], se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido o algo distinto de lo pedido, suponga una **modificación sustancial del objeto procesal**, con la consiguiente indefensión y

sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial, se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentas que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales”. (el resaltado es nuestro).

Por otro lado, según sostiene ZVALETA RODRIGUEZ¹¹⁰, “el proceso es de naturaleza pública, pero los intereses que en él se discuten son, la mayoría de veces, de índole privada. Por este motivo, el Juez se encuentra vinculado a la declaración de voluntad del pretensor; no en cuanto a las normas procesales que son casi siempre de carácter imperativo, pero sí en lo que atañe a los derechos en controversia que son generalmente disponibles. Solo en el caso que los derechos en pugna trascienden el interés particular, la prohibición de incongruencia *extra petita* admite excepciones. Así, por ejemplo nuestro Código Civil en su artículo 66, prescribe: El Juez que considere improcedente la declaración de muerte presunta puede declarar la ausencia y, más adelante, en su artículo 358 establece: Aunque la demanda o la reconvencción tengan por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien. El

¹¹⁰ ZVALETA RODRIGUEZ, Róger Enrique: Ob. Cit., p. 483.

artículo 220 del mismo texto normativo también constituye una excepción a esta clase de incongruencia, pues faculta al juez a declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto jurídico, cuando la misma resulta manifiesta”. Como se puede ver, en dichos casos la decisión judicial resulta *extra petita*, pero estando permitido expresamente por la ley, no puede decirse que es incongruente; en todo caso, las excepciones al principio de congruencia, tienen que estar textualmente señaladas.

Ampliando los alcances de la excepciones al principio de congruencia, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Nro. 2699-2001-La Libertad¹¹¹, entendiendo que no existe incongruencia *extra petita* cuando se decide o se pronuncia sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de la cuestión o pretensión principal propuesta y debatida en el proceso, ha considerado aplicable dicho criterio al caso previsto en el artículo 1541 del Código Civil, referido a los efectos de la rescisión de los contratos, al señalar: “**Tercero.-** [...]. La decisión de la Sala Superior, en cuanto ordena el pago de una indemnización no puede calificarse como una resolución *extra petita*, pues dicha decisión se ampara en el mandato imperativo de la ley y se funda en lo regulado en el artículo 1541 del Código Civil, que señala como efecto de la rescisión contractual el pago de una indemnización por daños y perjuicios que en el caso *sub examine* no requiere ser demandado en forma expresa. El

¹¹¹ Diario Oficial El Peruano, separata Sentencias en Casación, 31 de octubre 2002, p. 9428.

legislador previó la fijación de una indemnización como consecuencia de ampararse la demanda de rescisión de contrato y, por consiguiente, el juzgador está facultado para ordenar el pago”. En caso del artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Civil, estamos ante este último supuesto, un caso expreso de excepción del principio de congruencia, y con mayor razón si dicha norma es imperativa como se ha concluido.

Finalmente, los supuestos en los cuales la ley permite los fallos *extra petita*, a parte de ser taxativos y trascender el interés privado, deben de fundamentarse necesariamente en pruebas que guarden íntima conexión o pertinencia con la pretensión demandada.

3.4.3.-EI PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

3.4.3.1.- ORIGEN Y CONCEPTO.

Como es conocido, dentro del mundo del Derecho existen fundamentalmente dos sistemas. El Sistema Romano-Germánico o Sistema de Derecho Continental, en que se da extrema importancia a la norma positiva frente a otras fuentes del Derecho; pues el sistema se estructura en base a normas jurídicas de carácter general, las cuales son aprobadas a través de la fuente formal denominada “legislación”. Nuestro sistema jurídico actual pertenece a este sistema, en que, como se tiene adelantado, la más importante fuente del Derecho es la legislación, al que le otorga un lugar primordial frente a las otras; en cuyo sistema la jurisprudencia es considerada como fuente que no recibe la

importancia debida y menos existe una cultura de apoyo a ésta. El otro, es el Sistema Anglo Sajón (common law), en que se resta importancia a la norma positiva y se otorga extrema credibilidad a los precedentes jurisprudenciales; a la jurisprudencia le da una importancia de tal tipo que la mayor parte de elementos de la vida social se resuelven justamente aplicando la jurisprudencia, la cual engloba una serie de “precedentes”, cuya ventaja es que los operadores del derecho y los justiciables, conocen de antemano, las formas de resolución de determinados conflictos. Sin embargo, con la globalización, se han intercambiado figuras e instituciones, entre ambos sistemas que no siempre han sido correctamente adecuadas al entorno social.

El *principio de predictibilidad*, se origina en el sistema del derecho anglosajón y se le conoce también con las denominaciones de *Principio de Seguridad Jurídica*, *Principio de Certeza* o *Principio de Previsibilidad Judicial*. Este principio se perfecciona mediante el principio del derecho anglosajón del “*stare decisis*” (estarse a lo decidido, mantener los precedentes o seguir decisiones anteriores), que tenía por objeto evitar abusos y arbitrariedades, brindar solidez y predictibilidad al sistema jurídico, puesto que los precedentes son de obligatoria observancia y todos los jueces se ven compelidos a mantener los mismos estándares de calidad.

Predictibilidad, según el Diccionario de la Lengua Española, significa cualidad de predecible, y predecible significa lo que puede

predecirse, predecido, anticipado y anunciado. Por su parte, previsibilidad significa cualidad de previsible, y previsible significa lo que puede ser previsto o entre dentro de las previsiones normales. De ahí que, según este principio, los justiciables antes de iniciar un proceso tendrán conciencia certera de cuál será la decisión final que obtendrá, de anticipar la forma en que serán resueltos los conflictos que propongan; esto es, el justiciable sea capaz de percibir o de conocer con cierta capacidad de predicción acerca de la posible solución o resultado que le ofrezca los órganos jurisdiccionales frente a la resolución a expedirse en un caso concreto.

3.4.3.2.- ALCANCES, IMPORTANCIA Y OBJETIVOS DEL PRINCIPIO.

El Poder Judicial, siempre ha sido objeto de crítica, entre otros, por la falta de predictibilidad en las decisiones de sus diferentes órganos; puesto que supuestos o casos iguales o similares, muchas veces, son resueltos de diferente manera, incluso por los mismos órganos jurisdiccionales, lo cual indudablemente genera inseguridad, ya que si no hay predictibilidad habrá inestabilidad o falta de seguridad jurídica. El poder Judicial, a las que las partes van a fin de resolver sus controversias, tiene un papel que cumplir; ello lo hará principalmente haciendo que el sistema sea predecible y ello se logra a través de la puesta en marcha del principio del *stare decisis*. Entonces, si la solución del conflicto es predecible, ello generará seguridad jurídica.

La certeza o seguridad jurídica, como términos que se asocian al principio de predictibilidad, buscan establecer dos situaciones claramente delimitados:

- a) Crear bases para generar confianza en los justiciables frente a las decisiones de los órganos jurisdiccionales.
- b) Reducir los niveles de corrupción, toda vez que al publicarse los lineamientos, la discrecionalidad se reduce, ya que los justiciables conocen de antemano la posible respuesta a sus pretensiones propuestas.

Es la aplicación del principio de predictibilidad que no permite que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. De esta manera, los órganos jurisdiccionales, no podrían tener dos pronunciamientos antagónicos o diferentes frente a casos similares, en los cuales se presentan los mismos argumentos y se aplica igual normatividad.

Como se tiene adelantado, esta capacidad de predecir la posible respuesta o de conocer los lineamientos sobre los cuales basan su argumentación los órganos jurisdiccionales, puede darse en el caso de jurisprudencia, estableciendo un mecanismo de precedentes o jurisprudencia de observancia obligatoria.

Actualmente, en el caso peruano, el Poder Judicial no aplica el sistema de precedentes, al menos en materia civil, y por ende tampoco el principio de predictibilidad, pese a que existen elementos para su

aplicación. En efecto, no se tienen criterios definidos en muchas materias, existiendo sentencias hasta contradictorias; tal falta de uniformidad, se da fundamentalmente entre órganos jurisdiccionales de diferentes niveles jerárquicos, ya que los inferiores no están vinculados para aplicar los criterios asumidos por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, como es el caso de la aplicación del artículo 345-A, segundo párrafo, del Código Procesal Civil.

Señala PAREDES INFANZON¹¹², “en la administración de justicia peruana, los litigantes se encuentran en una incertidumbre, no hay probabilidad ni certeza de cómo será las resultas del proceso por cuanto hay tantos criterios en casos similares, que lo suyo podrá ser otro”. De ahí que la justicia peruana es impredecible, y al no establecer precedentes de obligatorio cumplimiento, permite que resulte frecuente que ante un mismo problema jurídico se den soluciones diferentes, siendo ello uno de los factores más graves para la falta de confianza en el justiciable.

Siendo el Perú, probablemente uno de los pocos países del mundo adscritos a la tradición romanista que ha incorporado implícitamente el principio del *stare decisis* en su ordenamiento jurídico. En efecto, el Código Procesal Civil vigente, contiene una norma que

¹¹² PAREDES INFANZON, Jelio: “La Predictibilidad Jurídica y el Precedente”, primera edición, Editorial San Marcos, Lima, 2008, p. 16.

corresponde a dicho instituto, que es precisamente el artículo 400¹¹³, que se refiere a la doctrina jurisprudencial. De tal manera, las decisiones o sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República - especialmente las adoptadas en el marco de los plenos casatorios- tornan en precedentes de observancia obligatoria y, por tanto, son de cumplimiento y aplicación inmediata por parte de las diversas jerarquías de la Administración de Justicia, dado que en la actualidad los Magistrados gozan de discrecionalidad absoluta para interpretar el sentido de la norma positiva; dicha situación complica el establecimiento de estándares objetivos que permitan determinar aquellos casos en los que la interpretación judicial no se ajusta al espíritu o contenido normativo de las disposiciones legales.

Como señala DIEZ CANSECO y PASQUEL¹¹⁴, “al ofrecer a la sociedad civil criterios claros y definitivos acerca de cómo se interpreta la ley en casos concretos, se estaría generando predictibilidad en lo atinente a las resoluciones de los Jueces [...]”.

¹¹³ El artículo 400 del Código Procesal Civil, señala: “**Doctrina jurisprudencial.**- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

[...]

El pleno casatorio será obligatoria cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

[...]”.

¹¹⁴ DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique: “*Stare decisis*, intercambios comerciales y predictibilidad: Una propuesta para enfrentar la Reforma del Poder Judicial”, en Revista de Economía y Derecho, Otoño 2004, p. 23.

En el tema de predictibilidad, juega un papel importante la Corte Suprema de Justicia de la República, quien debe desarrollar la jurisprudencia y principios que otorguen predictibilidad y dinamismo al sistema legal como conjunto. Ello permitirá incrementar los estándares de seguridad jurídica y a disminuir de esta manera la judicialización de los conflictos. De ahí que, un Poder Judicial predecible y eficiente garantiza la estabilidad jurídica.

Ha sido también una de las preocupaciones e importantes trabajos realizados por la CERIAJUS¹¹⁵, el referido a la predictibilidad y jurisprudencia, cuyo objetivo estratégico ha sido, “crear condiciones y mecanismos institucionales que permitan cimentar las bases de un sistema predecible a través de la jurisprudencia”.

Dentro de los objetivos de la predictibilidad judicial, se pueden señalar:

- a) **Seguridad jurídica.** Los precedentes obligatorios, generarán una estabilidad en el sistema jurídico y mayor confianza en la administración de justicia.
- b) **Descarga procesal.** Como los justiciables conocerán anticipadamente los resultados de su pretensión, tendrán mayores elementos de juicio para decidir si interpone o no su demanda.
- c) **Derecho a la igualdad.** En caso de pretensiones iguales, los pronunciamientos deben ser iguales.

¹¹⁵ La CERIAJUS, “Preguntas y Respuestas”, Lima, diciembre 2004, p. 21.

d) **Confianza y credibilidad en el Poder Judicial.** Pues, si las decisiones van a ser predecibles, creará mayor confianza en los justiciables, credibilidad por parte de la población en las Administración de Justicia.

3.4.4.- LA SEGURIDAD JURIDICA.

3.4.4.1.- CONCEPTO Y ALCANCES.

La seguridad en general, implica confianza, garantía, certeza.

No es fácil dar un concepto unitario sobre la seguridad jurídica. La seguridad jurídica significa: Orden, garantía de una convivencia pacífica, certeza jurídica, confianza en el derecho, previsibilidad de la respuesta, interdicción de la arbitrariedad, ausencia de contradicción.

Según CABANELLAS¹¹⁶, la seguridad jurídica, viene a ser una especie del género seguridad, y se entiende como seguridad proporcionada por el Derecho (entendiéndose por Derecho como orden jurídico), lo cual implica la afirmación del ordenamiento aun contra los intereses individuales. Como concluye JIMENEZ VARGAS-MACHUCA¹¹⁷, “la seguridad jurídica, que el individuo y la sociedad en su conjunto necesitan es, en principio, la que le brinda certeza sobre las relaciones sociales, además es la que da garantía de que la regla legal se cumplirá”. Por ello la seguridad jurídica no se reduce a la estabilidad

¹¹⁶ CABANELLAS, Guillermo: Ob. Cit. T. VII, p. 329.

¹¹⁷ JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana: “La Seguridad Jurídica”, en JUS-Doctrina & Práctica Nro. 5, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 161.

de las normas jurídicas concretas mediante su permanencia forzada en el tiempo.

La seguridad jurídica, no solamente es un valor del Derecho, sino un principio y derecho fundamental que protege estrictamente la expectativa del justiciable a que su conflicto de intereses se resuelva de la forma como establece la ley y de manera uniforme, cualquiera que fuera el órgano jurisdiccional que emita la decisión.

En materia de seguridad jurídica, no basta solamente una regla clara, sino que adicionalmente ésta nos deben dar confianza o garantía respecto a que las normas iniciales en virtud de las cuales tomamos una decisión importante o asumimos un proyecto, nos gobernarán hasta el final.

La seguridad jurídica obliga certeza y confianza en la aplicación del Derecho, exige regularidad estructural y funcional en la estructura y aplicación de las normas jurídicas e, igualmente, ausencia de arbitrariedad en los actos de creación y aplicación de dichas normas. Aquella, es por tanto, una garantía frente a la incertidumbre, a la imprevisibilidad, la arbitrariedad, la ineficacia y, en general, todo lo que haga peligrar la confianza garantizada en su vigencia y en su administración imparcial y justa.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente Nro. 0016-2002-AI/TC, del 30 de abril del 2003, respecto a la seguridad

jurídica, ha expresado lo siguiente: “El principio de seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional Español, la seguridad supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación de poder en aplicación del Derecho”. La predictibilidad, es el eje de la seguridad jurídica.

En la doctrina, acerca de la seguridad jurídica, se han distinguido dos corrientes o enfoques:

- a) **Para el enfoque clásico o netamente liberal**, la seguridad supone un concepto formal y restringido de seguridad, una seguridad reflexiva que se predica de un orden jurídico cuyas reacciones son predecibles. Certeza y previsibilidad vendrían a ser las características de este enfoque.
- b) **Para el enfoque material o sustantivo**, un orden social es seguro cuando garantiza, a través del Derecho, la consecución de ciertos bienes y objetivos sociales.

3.4.4.2.- ELEMENTOS.

Siguiendo a ARCOS RAMIREZ¹¹⁸, podemos señalar como elementos de la seguridad jurídica o seguridad del Derecho, los siguientes:

a) **La certeza jurídica.** Permite a los ciudadanos conocer, con claridad y de antemano, lo que está prohibido y permitido y, en función de ese conocimiento, organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.

Tiene cuatro manifestaciones: La certeza de orientación, la certeza de existencia, la previsibilidad jurídica y la certeza de definitividad o firmeza del Derecho.

- *Certeza de orientación y certeza de existencia.* Implica saber acerca de las normas jurídicas, permitiendo a los ciudadanos conocer lo que está prohibido, impuesto o permitido y poseer un conocimiento nítido de cuánto y cómo intervendrá el Estado en sus vidas.

Esta certeza representa una necesidad de todo individuo que se rige en su actos de conformidad con tales normas, una defensa frente a la arbitrariedad, un medio para evitar los conflictos jurídicos, así

¹¹⁸ ARCOS RAMIREZ, Federico: "La Seguridad Jurídica: Una teoría formal", Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2000, pp. 35 a 53.

como una exigencia intrínseca al funcionamiento correcto de todo el sistema jurídico.

- *Predictibilidad jurídica.* En la certeza de contenido y de existencia descansa lo que, tradicionalmente, ha sido y es todavía, un concepto restringido de seguridad jurídica: La previsibilidad o predictibilidad del Derecho.

La previsibilidad es la cara dinámica de la certeza jurídica.

- *Firmeza jurídica.* Pues, además del contenido de las normas, la certeza alcanza plena vigencia con las decisiones judiciales.

b) **La eficacia del Derecho.** La eficacia jurídica equivale al cumplimiento o seguimiento efectivo de las normas jurídicas por sus destinatarios.

Si la certeza normativa hace posible la previsibilidad del Derecho y la certeza de la acción, la eficacia es necesaria para que exista confianza en el Derecho.

c) **La ausencia de arbitrariedad.** La seguridad jurídica exige, igualmente, que los poderes públicos realicen actos de producción y aplicación de normas jurídicas de una manera no arbitraria. La seguridad jurídica, se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo frente a una situación de regulación. Se afirma que, mientras que la certeza y la eficacia son la

seguridad jurídica de la norma, la ausencia de arbitrariedad es la del acto (de producción, interpretación o aplicación). La interdicción de la arbitrariedad aparece, no sólo como uno de los significados esenciales de la seguridad jurídica sino como la única exigencia capaz de dotar a ésta de un contenido razonablemente realizable en la actualidad.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1.- PRESENTACIÓN DE DATOS, INTERPRETACIÓN Y CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS.

A continuación, se da a conocer los resultados del estudio que se ha realiza, teniendo en cuenta el propósito de la investigación, el cual es: Determinar la necesidad de los jueces de aplicar obligatoriamente lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, para no afectar el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.

Para tal fin, se presentan los datos en orden a los objetivos específicos y general propuestos, cuyos resultados se interpretan y contrastan con la doctrina y la jurisprudencia, según los reportes que se

ha realizado de acuerdo a los anexos aplicados, que consta de tres fichas de registro de sentencias expedidas y una encuesta a Vocales Superiores y Jueces de Familia, referidos a la indemnización por daños en el divorcio por causal de separación de hecho.

Se ha revisado un total de **51 sentencias de primera instancia** expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, en procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en los que se han declarado fundadas la demanda y/o reconvencción interpuestas; **69 sentencias de vista** expedidas por las Superiores Salas Civiles de Puno y San Román, en procesos de divorcio por causal de separación de hecho elevadas en consulta o en apelación; y, **24 sentencias en casación** expedidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en procesos sobre de divorcio por causal de separación de hecho elevados en casación. Asimismo, se ha encuestado a **4 Jueces de los Juzgados Especializados de Familia** de las Provincias de Puno y San Román, y **5 Vocales Superiores** de las Salas Civiles de Puno y San Román.

4.1.1.-APLICACIÓN EN SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE VISTA EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, POR LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LAS PROVINCIAS DE PUNO Y SAN ROMAN, Y SUPERIORES SALAS CIVILES DE PUNO Y SAN ROMAN, DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 345-A DEL CODIGO CIVIL.

Como primer objetivo específico del presente trabajo de investigación, nos hemos propuesto, conocer en qué medida se viene aplicando en las sentencias de primera instancia y de vista expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

De acuerdo a la naturaleza de la investigación, para ello se ha revisado las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho en los que se han declarado fundadas la demanda y/o reconvenición interpuestas, en un total de **51**, los que constan de cinco ítems referidos a lo anunciado con anterioridad, esto es, a que si se ha demandado y/o reconvenido como pretensión la indemnización por daños y si existen pronunciamiento en las sentencias sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; y, las sentencias expedidas por las Superiores Salas Civiles de Puno y San Román, en número de **69**, en los procesos sobre divorcio por causal de separación de hecho elevadas a dicha instancia sea en consulta o en

apelación, el cual consta de cinco ítems, correspondientes a las sentencias de primera instancia aprobadas o confirmadas, sentencias integradas o declaradas nulas por falta de pronunciamiento sobre la indemnización por daños; que se observan en los anexos N° 1 y 2, cuyos resultados son interpretados en los cuadros y gráficos siguientes:

4.1.1.1.-RESULTADOS DE LA REVISION DE SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

1).- DEMANDAS Y/O RECONVENIONES CON PRETENSION DE INDEMNIZACION POR DAÑOS.

CUADRO N° 01

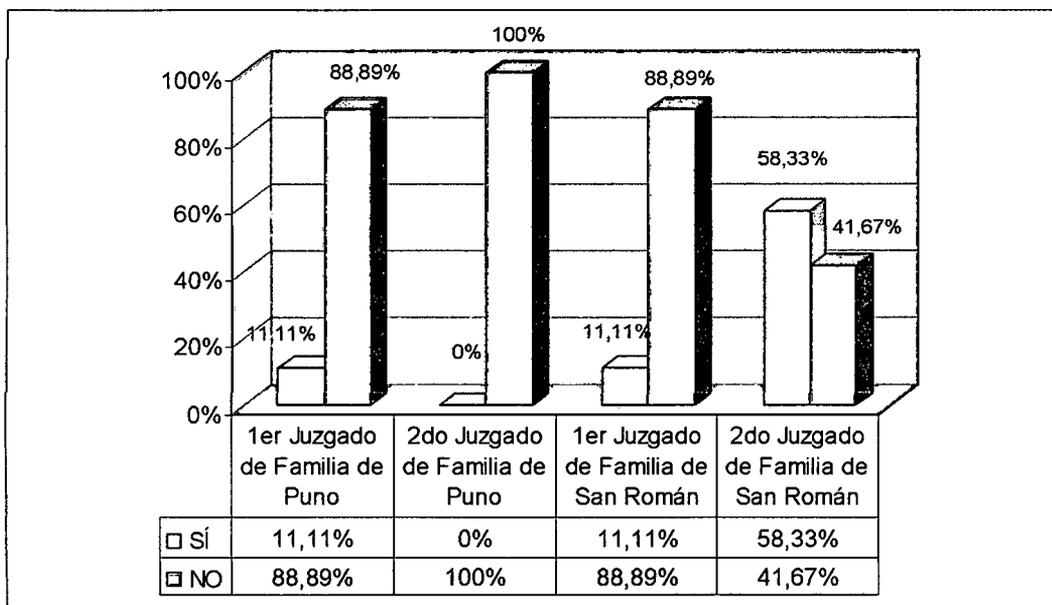
¿SE HA DEMANDADO Y/O RECONVENIDO COMO PRETENSÓN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?

CATEGORÍAS	1er Juzgado de Familia de Puno		2do Juzgado de Familia de Puno		1er Juzgado de Familia de San Román		2do Juzgado de Familia de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	1	11,11	0	0	2	11,11	7	58,33	10	19,61
NO	8	88,89	12	100	16	88,89	5	41,67	41	80,39
TOTAL	9	100%	12	100%	18	100%	12	100%	51	100%

FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, ítem N° 1
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 01

¿SE HA DEMANDADO Y/O RECONVENIDO COMO PRETENSÓN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?



FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, ítem N° 1
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 01, se desprende que:

- Ante el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, en el 100% que representa a 9 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, no se ha demandado y/o reconvenido como pretensión la indemnización por daños.
- En el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, en el 100% que corresponde a 12 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, no se ha demandado y/o reconvenido como pretensión la indemnización por daños.
- Por su parte, ante el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, en el 11.11% que comprende 2 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se ha demandado y/o reconvenido como pretensión la indemnización por daños; mientras que en el 88.89% que es igual a 16 procesos, no se ha demandado y/o reconvenido la pretensión mencionada.
- En el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, en el 58.33% que corresponde a 7 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se ha demandado y/o reconvenido como pretensión la indemnización por daños; en cambio, en el 41.67% que equivale a 5 procesos, no se ha demandado y/o reconvenido la pretensión referida.

En suma, se observa tanto en el Primer y Segundo Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, del total, en el 19.61% que corresponde a 10 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se ha demandado y/o reconvenido como pretensión la indemnización por daños; y, en el 80.39% que es igual a 41 procesos, esto es, mayoritariamente, no se ha demandado y/o reconvenido la pretensión mencionada. Ello debido a que el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, incorporado por el artículo 4 de la Ley número 27495, dispone textualmente:“ [...]”

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. [...]”.

Esto es, siendo una norma imperativa, obliga al Juez a emitir pronunciamiento sobre la indemnización por daños, y una vez determinado el cónyuge perjudicado fijarle una indemnización a su favor, no siendo necesario demandar o reconvenir expresamente como pretensión, más si en los fundamentos de hecho de la demanda y/o reconvenición interpuestas de hacen referencia a las causas que han originado y determinado la separación de hecho de los cónyuges, así como cuál es el cónyuge que ha ocasionado tal separación; como es la opinión mayoritaria de la doctrina nacional (Alex F. Plácido Vilcachagua, Max Arias-Schreiber Pezet, Javier Rolando Peralta Andía y Enrique Varsi Rospigliosi) y el criterio uniforme de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación Nro. 2449-2006-Cusco,

Sala Civil Permanente, y Casación Nro. 2413-2005-Lima, Sala Civil Transitoria, entre otros), como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos, entre otros; así como, con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente ese cónyuge perjudicado por la separación de hecho, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades y, en su caso, la de sus hijos al concluir el vínculo matrimonial, que fue tratado en forma amplia en el marco teórico.

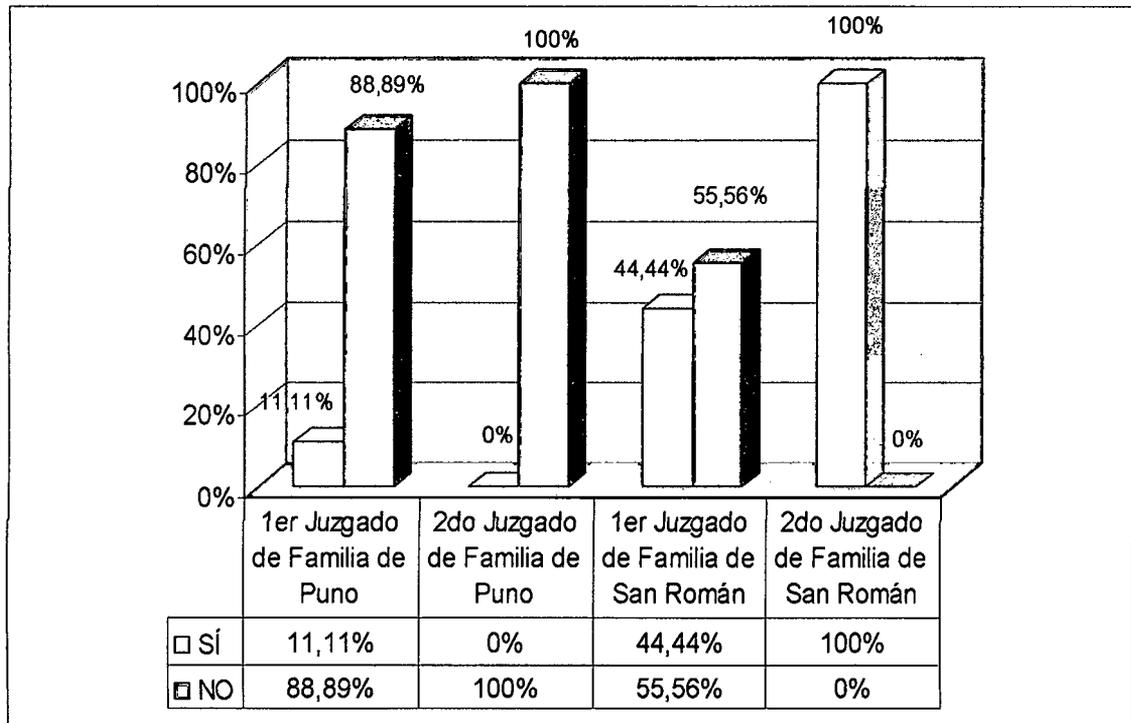
2).-SENTENCIAS CON PRONUNCIAMIENTO Y SIN PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS.

**CUADRO N° 02
¿EN LA SENTENCIA EXISTE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?**

CATEGORÍAS	1er Juzgado de Familia de Puno		2do Juzgado de Familia de Puno		1er Juzgado de Familia de San Román		2do Juzgado de Familia de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	1	11,11	0	0	8	44,44	12	100	21	41,18
NO	8	88,89	12	100	10	55,56	0	0	30	58,82
TOTAL	9	100%	12	100%	18	100%	12	100%	51	100%

FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, ítem N° 2.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

**GRÁFICO N° 02
¿EN LA SENTENCIA EXISTE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?**



FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, ítem N° 2.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

En el cuadro y gráfico N° 02, se observa:

- En el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, en el 11.11% que corresponde a 1 proceso sobre divorcio por causal de separación de hecho, en la sentencia sí existe pronunciamiento sobre la indemnización por daños; mientras que, en el 88.89% que representa a 8 procesos, no existe pronunciamiento al respecto.
- En el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, en el 100% que corresponde a 12 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, no existe en las sentencias pronunciamiento sobre la indemnización por daños.
- Por su parte, en el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, en el 44.44% que es igual a 8 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, existe en las sentencias pronunciamiento sobre la indemnización por daños, y en el 55.56% que corresponde a 10 procesos de divorcio, no existe pronunciamiento sobre lo mencionado.
- En el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, en el 100% que representa a 12 procesos de divorcio por la causal mencionada, existe en las sentencias pronunciamiento sobre la indemnización por daños.

Resumiendo, en el Primer y Segundo Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, del total de procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en el 41.18% que representa a 21 procesos, sí existe

pronunciamiento sobre la indemnización por daños; mientras que, en el 58.82% que es igual a 30 procesos, no existe pronunciamiento al respecto. Ello demuestra que los mencionados órganos jurisdiccionales no vienen resolviendo y aplicando de manera uniforme lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

De lo manifestado, se concluye que aun cuando no haya sido solicitado como pretensión en la demanda o en la reconvención interpuestas, según el caso, la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, los Jueces han emitido pronunciamiento, comprendiendo que es deber impuesto por el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, al ser una norma imperativa, y además de ser una consecuencia legal del divorcio por causal de separación de hecho. Interpretar que su pronunciamiento y señalamiento debe ser de oficio, no resulta contrario a los principios procesales dispositivo y de congruencia; fundamentalmente este último, pues dicho principio se ha flexibilizado o tiene excepciones, entre otros, en el derecho de daños y en los procesos sobre familia, no incurriéndose en incongruencia por *“extra petita”* cuando se decide o se pronuncia sobre una pretensión, que aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de la cuestión o pretensión principal propuesta y debatida en el proceso (Casación Nro. 2699-2001-La Libertad, Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y STC 9/1998 de 12 de enero de 1999 del Tribunal Constitucional Español, citados en el marco teórico).

3).- FUNDAMENTOS POR LOS QUE EXISTE PRONUNCIAMIENTO EN LAS SENTENCIAS SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS, SIN HABER SIDO DEMANDADO NI RECONVENIDO.

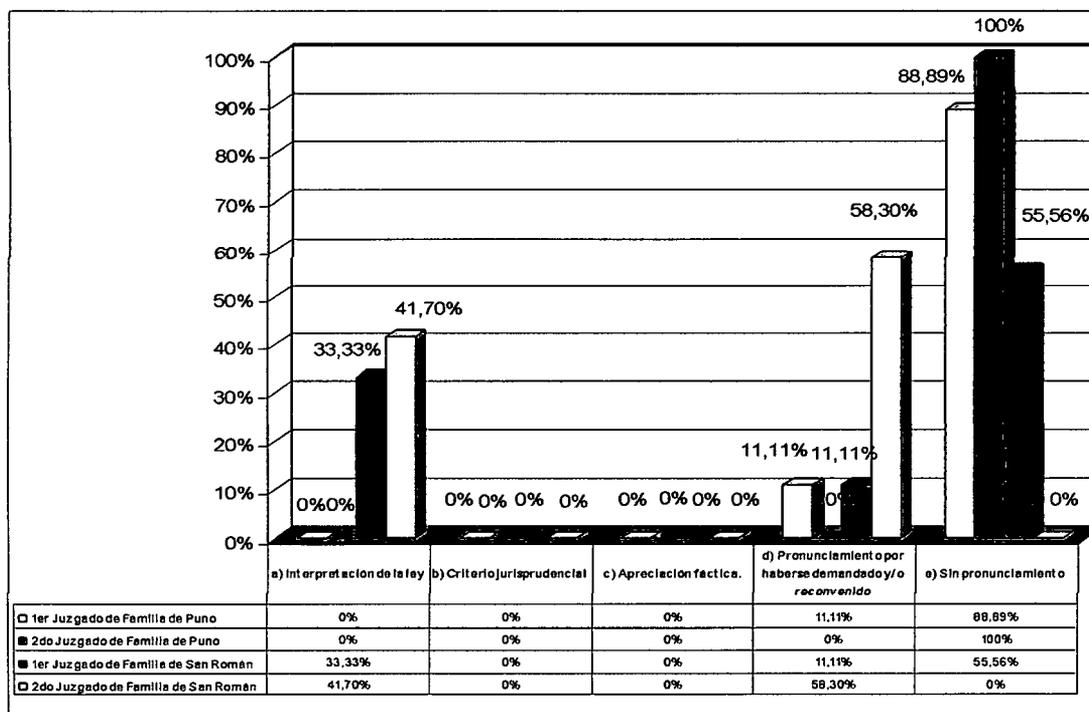
**CUADRO N° 03
FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS, SIN HABER SIDO DEMANDADO NI RECONVENIDO**

CATEGORÍAS	1er Juzgado de Familia de Puno		2do Juzgado de Familia de Puno		1er Juzgado de Familia de San Román		2do Juzgado de Familia de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%
a) Interpretación de la ley	0	0	0	0	6	33,33	5	41,70	11	21,57
b) Criterio jurisprudencial	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00
c) Apreciación fáctica.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00
d) Pronunciamiento por haberse demandado y/o reconvenido	1	11,11	0	0	2	11,11	7	58,30	10	19,61
e) Sin pronunciamiento	8	88,89	12	100	10	55,56	0	0	30	58,82
TOTAL	9	100%	12	100%	18	100%	12	100%	51	100%

FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, Ítem N° 3.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

**GRÁFICO N° 03
FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS, SIN HABER SIDO DEMANDADO NI RECONVENIDO**



FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, Ítem N° 3.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 03, se desprende:

- En el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, como en los 8 procesos sobre divorcio por causal de separación de hecho en que no se ha demandado ni reconvenido la indemnización por daños, no existe en las sentencias emitidas pronunciamiento alguno a este respecto, es lógico que tampoco aparezca en las mismas fundamentos alguno.
- En el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, igualmente, como en los 12 procesos sobre divorcio por causal de separación de hecho, no existe en las sentencias expedidas pronunciamiento alguno al respecto, lógicamente no aparece fundamento alguno.
- En el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, en el 33.33% que representa a 6 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en los que existe pronunciamiento, el fundamento para pronunciarse en las sentencias expedidas sobre la indemnización por daños sin haber sido demandado ni reconvenido, fue la interpretación de la Ley, esto es, del segundo párrafo del 345-A del Código Civil. Por su parte, ninguna sentencia ha tenido como fundamento el criterio jurisprudencial ni la apreciación fáctica.
- En el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, en el 41.70% que corresponde a 5 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en los que existe pronunciamiento, el fundamento para pronunciarse en las sentencias sobre la indemnización por daños

sin haber sido demandado ni reconvenido también fue la interpretación de la Ley, es decir, del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil. Tampoco sentencia alguna tuvo como fundamento el criterio jurisprudencial ni la apreciación fáctica.

En suma, en el Primer y Segundo Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, de del total de sentencias expedidas en lo procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en el 21.57% que corresponde a 11 procesos, el fundamento para emitir pronunciamiento sobre la indemnización por daños, sin que haya sido demandado ni reconvenido, fue la interpretación de la Ley, esto, del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil; y, ninguna sentencia tuvo como fundamento el criterio jurisprudencial ni la apreciación fáctica.

Se confirma una vez más, que por la naturaleza imperativa de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, el Juez debe pronunciarse en las sentencias expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, cuando se declara fundada la demanda o la reconvencción interpuestas, sobre el cónyuge perjudicado y, consiguientemente, la indemnización por daños, puesto que ello es consecuencia directa e inescindible de la pretensión principal de divorcio por la causal mencionada.

4).- FUNDAMENTOS POR LOS QUE EN LAS SENTENCIAS NO EXISTE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS.

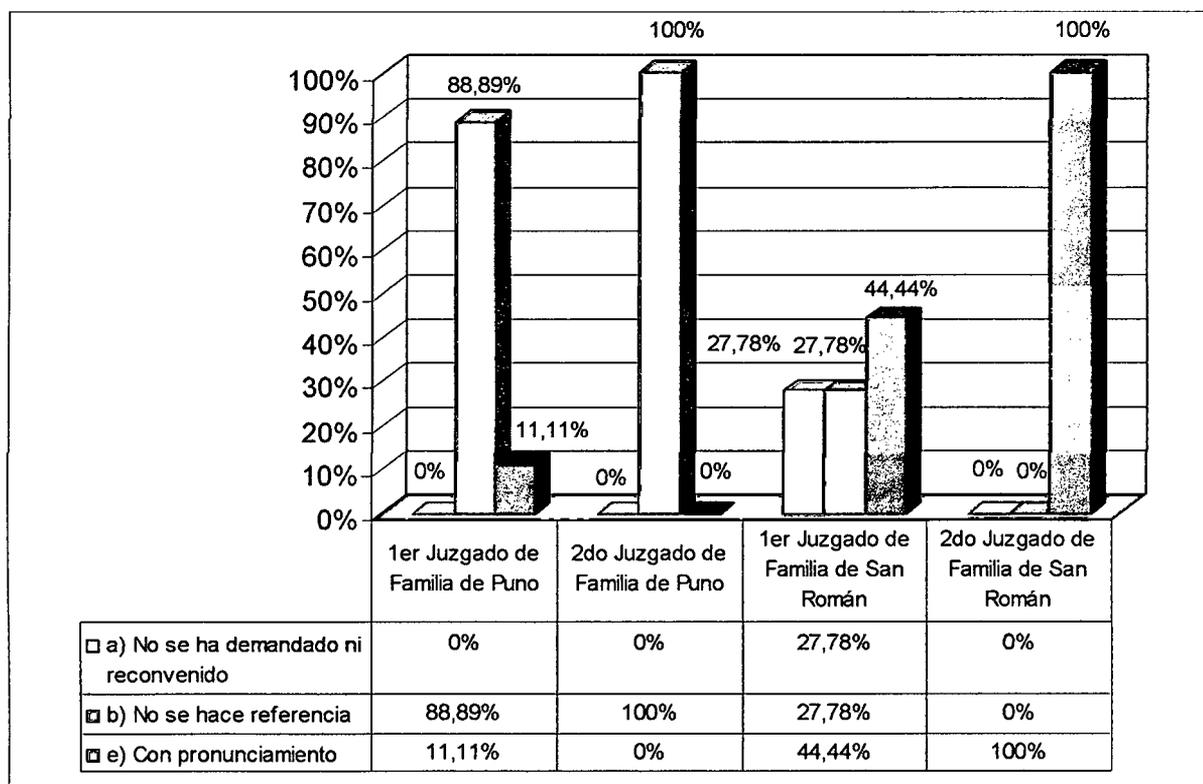
**CUADRO N° 04
FUNDAMENTOS POR LOS QUE NO SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS**

CATEGORÍAS	1er Juzgado de Familia de Puno		2do Juzgado de Familia de Puno		1er Juzgado de Familia de San Román		2do Juzgado de Familia de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%	f _i	%
a) No se ha demandado ni reconvenido	0	0	0	0	5	27,78	0	0	5	9,80
b) No se hace referencia	8	88,89	12	100	5	27,78	0	0	25	49,01
e) Con pronunciamiento	1	11,11	0	0	8	44,44	12	100	21	41,18
TOTAL	9	100%	12	100%	18	100%	12	100%	51	100%

FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, ítem N° 4.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

**GRÁFICO N° 04
FUNDAMENTOS POR LOS QUE NO SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS**



FUENTE: Ficha de registro, Anexo N° 01, ítem N° 4

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

En el cuadro y gráfico N° 04, se observa:

- En el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, en el 88.89% que representa a 8 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en cuyas sentencias no existe pronunciamiento, tampoco se hace referencia al fundamento por el que no se ha emitido pronunciamiento sobre la indemnización por daños; mientras que, en el 11.11% que es igual a 1 proceso, en la sentencia se ha pronunciado al respecto, ya que ha sido demandado y/o reconvenido.
- En el en el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de Puno, en el 100% que corresponde a 12 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en cuyas sentencias no existe pronunciamiento, por lógica no se hace referencia a los fundamentos por los que no se ha pronunciado sobre la indemnización por daños.
- Mientras que, en el Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, en el 27.78% que es igual a 5 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en las sentencias no se ha pronunciado sobre la indemnización por daños, porque no se demandó ni reconvino; por su parte, en el 27.78% que es igual también a 5 procesos, no se hace referencia al fundamento por el que no se emite pronunciamiento al respecto.
- En el Segundo Juzgado de Familia de la Provincia de San Román, habiéndose pronunciado en el 100% que corresponde a 12 procesos de

divorcio por la causal de separación de hecho, lógicamente no aparece en las sentencias fundamento alguno del por qué no se ha emitido pronunciamiento.

Sintetizando, en el Primer y Segundo Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, del total de sentencias expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en el 9.80% que corresponde a 5 procesos, el fundamento para no pronunciarse sobre la indemnización por daños, fue que no se ha demandado ni reconvenido, esto es por no haberse postulado expresamente como pretensión; mientras que en el 49.01% que equivale a 25 procesos, no se hace referencia el fundamento por el que no se emite pronunciamiento respecto de lo señalado.

4.1.1.2.- RESULTADOS DE LA REVISION DE LAS SENTENCIAS DE VISTA EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

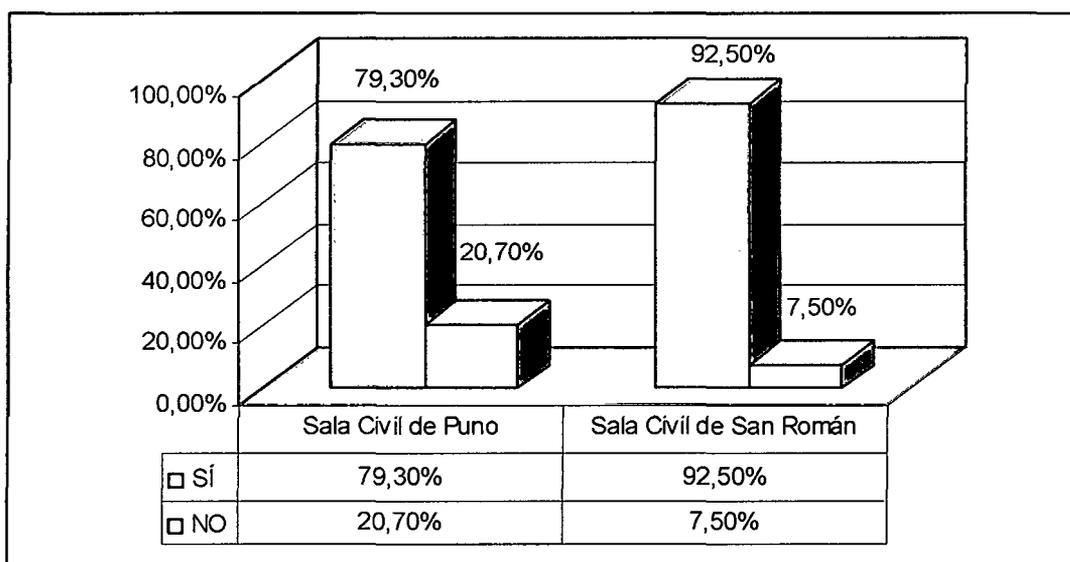
1).- SENTENCIAS DE VISTA QUE APRUEBAN O CONFIRMAN LAS DE PRIMERA INSTANCIA.

CUADRO Nº 05
¿SE HA APROBADO O CONFIRMADO LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA?

CATEGORÍAS	Sala Civil de Puno		Sala Civil de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	23	79,30	37	92,50	60	87,00
NO	6	20,70	3	7,50	9	13,00
TOTAL	29	100%	40	100%	69	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 2, Ítem Nº 1.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO Nº 05
¿SE HA APROBADO O CONFIRMADO LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 2, Ítem Nº 1.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 05, se tiene:

- En la Sala Civil de Puno, en el 79.30% que corresponde a 23 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se ha aprobado o confirmado las sentencias de primera instancia; por el contrario, en el 20.70% que corresponde a 6 procesos de divorcio por dicha causal, no se ha aprobado ni confirmado las sentencias de primera instancia.
- En cambio, en la Sala Civil de San Román, en el 92.50% que representa a 37 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se ha aprobado o confirmado las sentencias de primera instancia; por el contrario, en el 7.50% que es igual a 3 procesos de divorcio, no se ha aprobado ni confirmado las sentencias de primera instancia.

En resumen, en el 87% que corresponde a 60 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se ha aprobado o confirmado las sentencias de primera instancia, y sólo en el 13% que representa a 9 procesos de divorcio, no se ha aprobado ni confirmado las sentencias de primera instancia.

2).- SENTENCIAS DE VISTA EN LOS QUE VIA INTEGRACION DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA, SE PRONUNCIAN SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS.

CUADRO N° 06

¿SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS, EN VÍA DE INTEGRACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA?

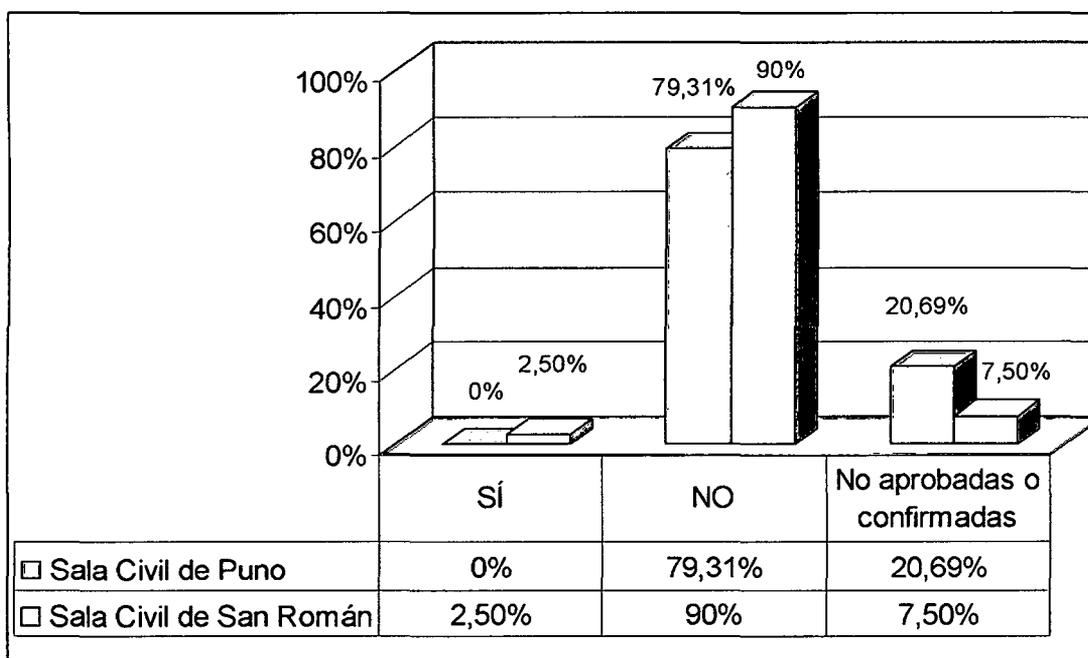
CATEGORÍAS	Sala Civil de Puno		Sala Civil de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	0	0	1	2,50	1	1,45
NO	23	79,31	36	90,00	59	85,50
No aprobadas o confirmadas	6	20,69	3	7,50	9	13,04
TOTAL	29	100%	40	100%	69	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 2.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 06

¿SE HA PRONUNCIADO Y FIJADO UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS, EN VÍA DE INTEGRACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 2.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 06, se desprende:

- La Sala Civil de Puno, en el 100% que corresponde a 29 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, no se ha pronunciado sobre la indemnización por daños, en vía de integración de las sentencias de primera instancia.
- En cambio, la Sala Civil de San Román, en el 2.50% que es igual a 1 proceso de divorcio por causal de separación de hecho, sí se ha pronunciado y fijado una indemnización por daños en vía de integración de la sentencia de primera instancia; mientras que en el 85.50% que representa a 36 procesos de divorcio por la causal referida, no se ha pronunciado ni fijado una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, en vía de integración de las sentencias de primera instancia.

En suma, las Salas Civiles de Puno y San Román, sólo en el 1.45% que representa a 1 proceso de divorcio por causal de separación de hecho, se han pronunciado sobre la indemnización por daños, en vía de integración de la sentencia de primera instancia; mientras que en el 85.50% que corresponde a 59 procesos de divorcio, no se han pronunciado al respecto, en vía de integración de las sentencias de primera instancia. Se puede ver que una vez más, no hay una uniforme aplicación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

A este respecto, como tenemos señalado en el marco teórico, PLACIDO V.,¹¹⁹ señala que, “[...], se debe insistir en el carácter obligatorio de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, pues una vez determinado al cónyuge culpable, debe fijarse en la sentencia una 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”.

¹¹⁹ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, p. 125.

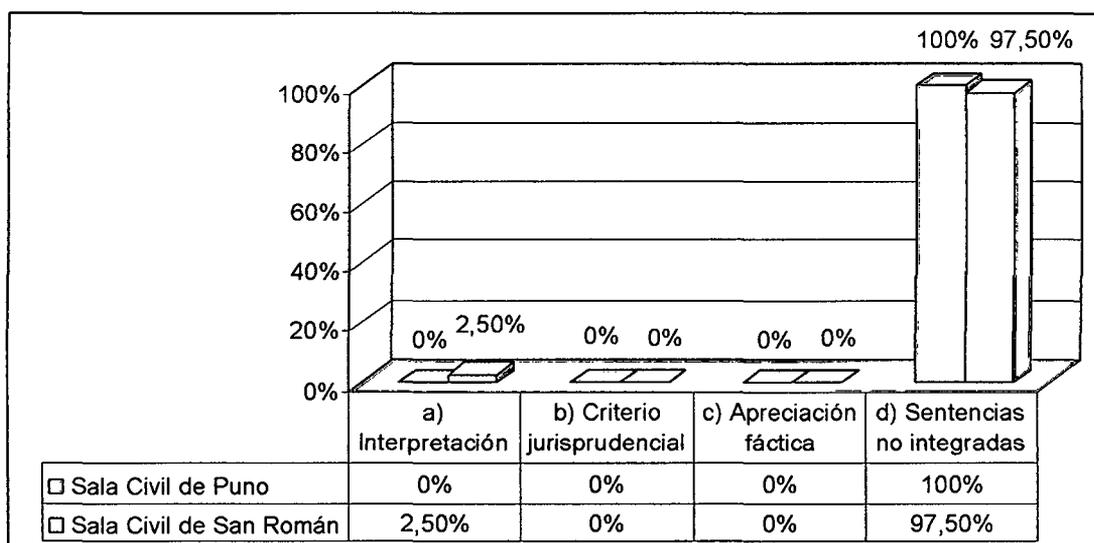
3).- FUNDAMENTOS PARA EMITIR PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS, VIA INTEGRACION DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA

**CUADRO N° 07
FUNDAMENTOS POR LOS QUE INTEGRANDO LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS**

CATEGORÍAS	Sala Civil de Puno		Sala Civil de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
a) Interpretación de la ley	0	0	1	2,50	1	1,50
b) Criterio jurisprudencial	0	0	0	0	0	0,00
c) Apreciación fáctica	0	0	0	0	0	0,00
d) Sentencias no integradas	29	100	39	97,50	68	98,50
TOTAL	29	100%	40	100%	69	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 3.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

**GRÁFICO N° 07
FUNDAMENTOS POR LOS QUE INTEGRANDO LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, SE HA FIJADO UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS**



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 3.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Se observa en el cuadro y gráfico N° 07, que:

- En la Sala Civil de Puno, no habiendo vía integración de las sentencias de primera instancia emitido pronunciamiento alguno sobre la indemnización por daños en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho elevadas en consulta o apelación, no existe referencia alguna sobre los fundamentos mencionados.
- Por su parte, en la Sala Civil de San Román, integrando la sentencia de primera instancia, en el 2.50% que corresponde a 1 proceso de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento para emitir pronunciamiento sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, fue la interpretación de la Ley.

Al respecto, como tenemos señalado precedentemente, así como en el marco teórico, Alex F. Plácido V., señala por el carácter obligatorio de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, cuando se haya omitido en la sentencia de primera instancia pronunciarse sobre la indemnización por daños, el superior con la facultad de integración del fallo, debe proceder a fijar una indemnización a favor del cónyuge perjudicado.

4).- SENTENCIAS DE VISTA QUE DESAPRUEBAN Y/O DECLARAN NULAS LAS DE PRIMERA INSTANCIA POR NO HABERSE PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS.

CUADRO N° 08

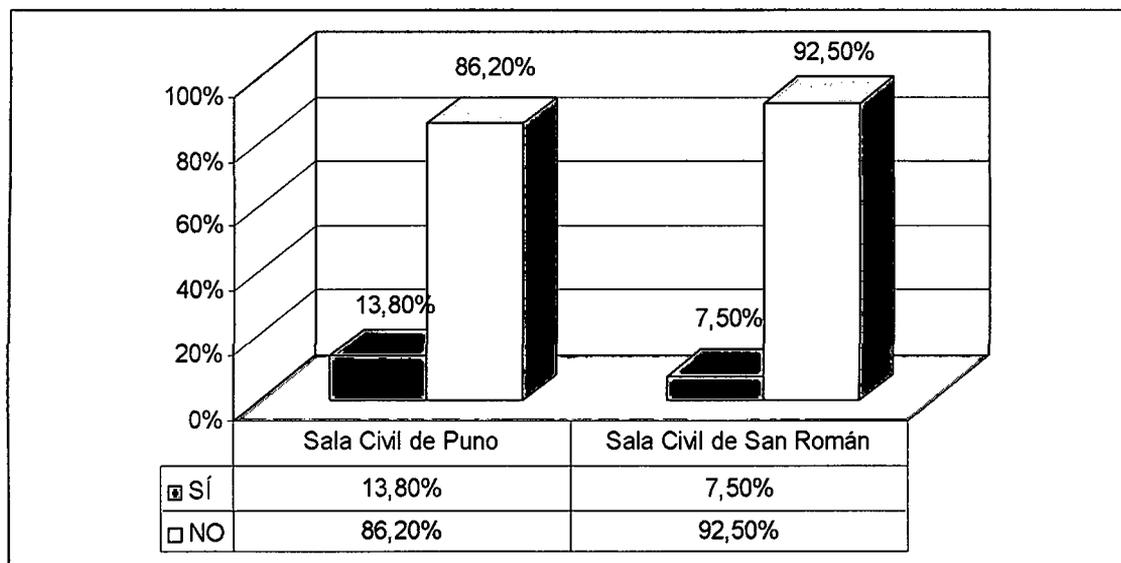
¿SE HA DESAPROBADO Y/O DECLARADO NULA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR NO HABERSE PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?

CATEGORÍAS	Sala Civil de Puno		Sala Civil de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	4	13,80	3	7,50	7	10,10
NO	25	86,20	37	92,50	62	89,90
TOTAL	29	100%	40	100%	69	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 4.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 08

¿SE HA DESAPROBADO Y/O DECLARADO NULA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR NO HABERSE PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 4.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 08, se desprende que:

- La Sala Civil de Puno, en el 13.80% que corresponde a 4 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sí ha desaprobado y/o declarado nulas las sentencias de primera instancia por no haberse pronunciado sobre la indemnización por daños; mientras que, en el 86.20% que corresponde a 25 procesos, no se ha desaprobado y/o declarado nulas las sentencias de primera instancia.
- La Sala Civil de San Román, en el 7.50% que es igual a 3 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sí ha desaprobado y/o declarado nulas las sentencias de primera instancia por no haberse pronunciado sobre la indemnización por daños; mientras que, en el 92.50% que corresponde a 37 procesos, no se han desaprobado y/o declarado nulas las sentencias de primera instancia.

En síntesis, las Salas Civiles de Puno y San Román, en el 10.10% que corresponde a 7 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sí han desaprobado y/o declarado nulas las sentencias de primera instancia por no haberse pronunciado sobre la indemnización por daños; mientras que, en el 89.90% que corresponde a 62 procesos, no han desaprobado y/o declarado nulas las sentencias de primera instancia. Demostrándose, nuevamente, que no existe aplicación uniforme de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

5).-FUNDAMENTOS PARA DESAPROBAR Y/O DECLARAR NULAS LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA.

CUADRO N° 09

FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA DESAPROBADO Y/O DECLARADO NULA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR NO HABERSE PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

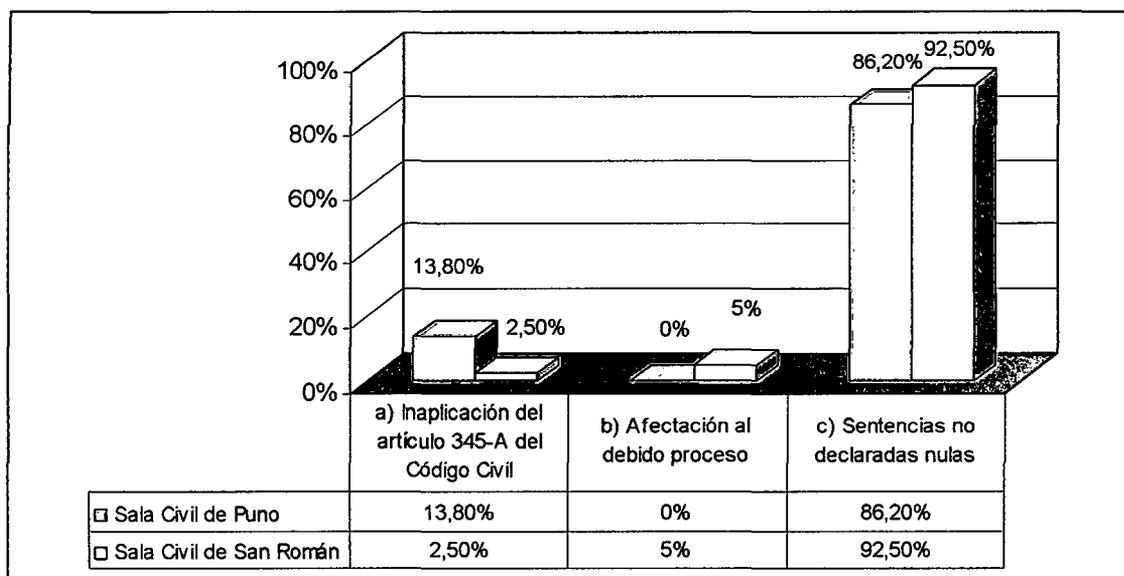
CATEGORÍAS	Sala Civil de Puno		Sala Civil de San Román		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
a) Inaplicación del artículo 345-A del Código Civil	4	13,80	1	2,50	5	7,25
b) Afectación al debido proceso (omisión de pronunciamiento a pretensión y falta de fundamentación)	0	0	2	5	2	2,89
c) Sentencias no declaradas nulas	25	86,20	37	92,50	62	89,86
TOTAL	29	100%	40	100%	69	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 5.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 09

FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA DESAPROBADO Y/O DECLARADO NULA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR NO HABERSE PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 2, Ítem N° 5.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Se aprecia en el cuadro y gráfico N° 09, que:

- En la Sala Civil de Puno, en el 13.80% que corresponde a 4 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento para desaprobar y/o declarar nulas las sentencias de primera instancia, por falta de pronunciamiento sobre la indemnización por daños, ha sido la inaplicación o falta de aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.
- En la Sala Civil de San Román, en el 2.50% que equivale a 1 proceso de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento para desaprobar y/o declarar nula la sentencia de primera instancia por falta de pronunciamiento sobre la indemnización por daños, ha sido la inaplicación o falta de aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil; y, en el 5% que es igual a 2 procesos, el fundamento para desaprobar y/o declarar nulas las sentencias de primera instancia, fue la afectación al debido proceso (en una sentencia no se ha pronunciado al respecto pese a que fue reconvenido expresamente, y en la otra no se ha fundamentado debidamente).

Resumiendo, en las Salas Civiles de Puno y San Román, en el 2.50% que equivale a 5 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento para desaprobar y/o declarar nulas las sentencias de primera instancia por falta de pronunciamiento sobre la indemnización por daños, fue la inaplicación o falta de aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del

artículo 345-A del Código Civil; y, en el 2.89% que es igual a 2 procesos, el fundamento para desaprobar y/o declarar nulas las sentencias de primera instancia, fue la afectación al debido proceso, (en una sentencia no se ha pronunciado a este respecto pese a que fue reconvenido expresamente, tratándose de una sentencia incongruente por *infra petita*, y en la otra no se ha fundamentado debidamente, esto es, por haberse incurrido en motivación deficiente en la sentencia). Demuestra también la aplicación no uniforme de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

4.1.2.-ANÁLISIS DE SENTENCIAS EN CASACION EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.

El segundo objetivo específico propuesto es, analizar las sentencias en casación expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuanto a la indemnización por daños a favor cónyuge perjudicado.

Para lograr este objetivo, se ha revisado las sentencias en casación expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en un total de **24**, elevados a las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los Distritos Judiciales de Cajamarca, Lima, Cusco, Tacna, Junín, Piura, Lambayeque, Ayacucho, Callao, Arequipa, Cono Norte y Moquegua, según los ítems del anexo N° 3. Dichos reportes se muestran en los cuadros y gráficos que siguen:

1).- RECURSOS DE CASACION FUNDAMENTADOS EN LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO Y FIJACION DE UNA INDEMNIZACION POR DAÑOS.

CUADRO Nº 10

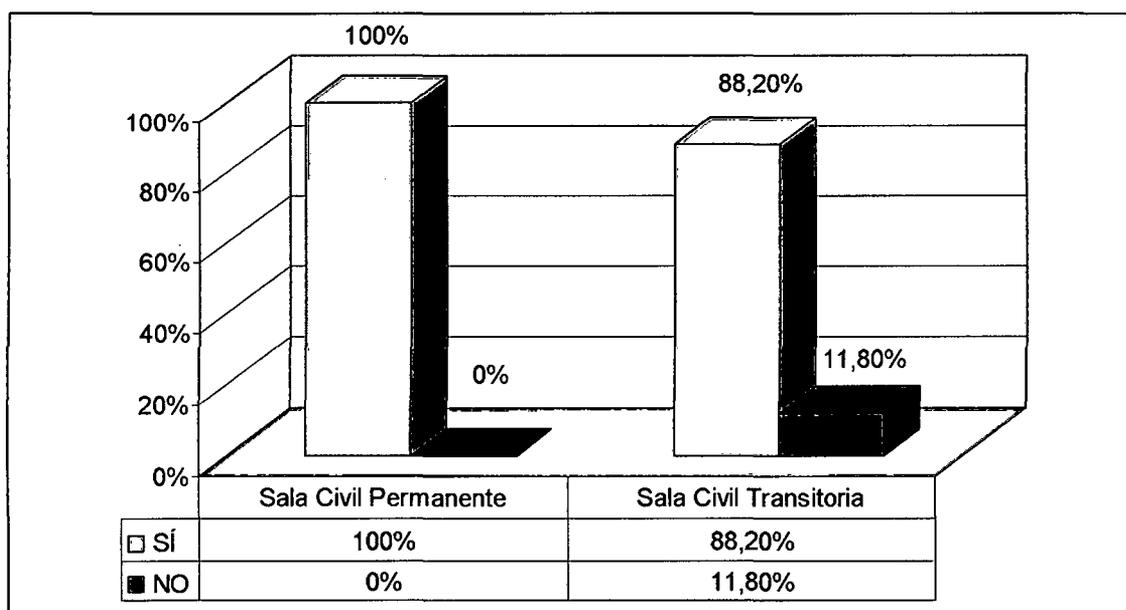
¿HA SIDO UNO DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?

CATEGORÍAS	Sala Civil Permanente		Sala Civil Transitoria		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	7	100	15	88,20	22	91,70
NO	0	0	2	11,80	2	8,30
TOTAL	7	100%	17	100%	24	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 3, Ítem Nº 1.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO Nº 10

¿HA SIDO UNO DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 3, Ítem Nº 1.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

En el cuadro y gráfico N° 10, se observa que:

- En la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el 100% que corresponde a 7 procesos de divorcio por causal de separación de hecho elevados en casación, la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, ha sido uno de los fundamentos de los recursos de casación.
- En la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el 88.20% que es igual a 15 procesos de divorcio por causal de separación de hecho elevados en casación, la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, fue uno de los fundamentos de los recursos de casación; en cambio, en el 11.80% que representa a 2 procesos de divorcio por la causal mencionada, no fue el fundamento de los recursos de casación, la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños.

En suma, en las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el 91.70% que representa a 22 procesos de divorcio por causal de separación de hecho elevadas en casación, la falta de pronunciamiento y la fijación de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, ha sido uno de los fundamentos de los recursos de casación interpuestos; y, en el 8.30% que es igual a 2 procesos de divorcio por la causal mencionada, no ha sido el fundamento de los recursos de casación interpuestos, la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños. Demuestra esta tendencia que los justiciables consideran que los jueces deben pronunciarse en las sentencias que declaran fundadas las demandas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sobre la indemnización por daños y fijar ésta a favor del cónyuge perjudicado.

2).- RECURSOS DE CASACION DECLARADOS PROCEDENTES POR FALTA DE PRONUNCIAMIENTO Y FIJACION DE UNA INDEMNIZACION POR DAÑOS.

CUADRO Nº 11

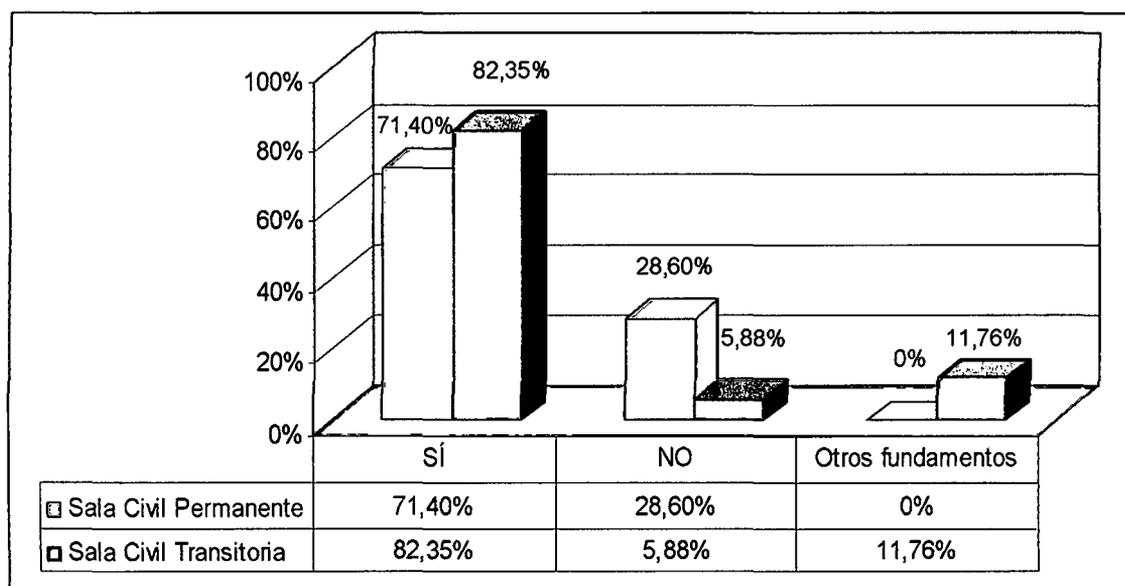
¿SE HA ESTIMADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN POR NO HABERSE PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?

CATEGORÍAS	Sala Civil Permanente		Sala Civil Transitoria		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	5	71,40	14	82,35	19	79,16
NO	2	28,60	1	5,88	3	12,50
Otros fundamentos	0	0	2	11,76	2	8,33
TOTAL	7	100%	17	100%	24	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 3, Ítem Nº 2.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO Nº 11

¿SE HA ESTIMADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN POR NO HABERSE PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 3, Ítem Nº 2.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 11, aparece:

- En la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se observa que en el 71.40% que representa a 5 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sí se han estimado procedentes los recursos de casación interpuestos por no haberse pronunciado y fijado una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. En cambio, en el 28.60% que corresponde a 2 procesos de divorcio por la causal mencionada, no se han estimado procedentes los recursos de casación por no haberse pronunciado y fijado una indemnización por daños.
- En la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el 82.35% que es igual a 19 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sí se han estimado procedentes los recursos de casación interpuestos por no haberse pronunciado y fijado una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. En cambio, el 5.88% que corresponde a 1 proceso, no se han estimado procedentes los recursos de casación interpuestos por no haberse pronunciado y fijado una indemnización por daños; y, en el 11.76% que es igual a 2 procesos, se ha estimado procedentes los recursos de casación por otros fundamentos.

En resumen, del total de las sentencias en casación expedidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el 79.16% que representa a 19 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sí se han estimado procedentes los recursos de casación interpuestos por no haberse pronunciado y fijado una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; por su parte, en el 12.50% que es igual a 3 procesos de divorcio por la causal referida, no se han estimado procedentes los recursos de casación interpuestos por no haberse pronunciado y fijado una indemnización por daños; y, en el 8.33% que equivale a 2 procesos, fueron otros los fundamentos de los recursos de casación.

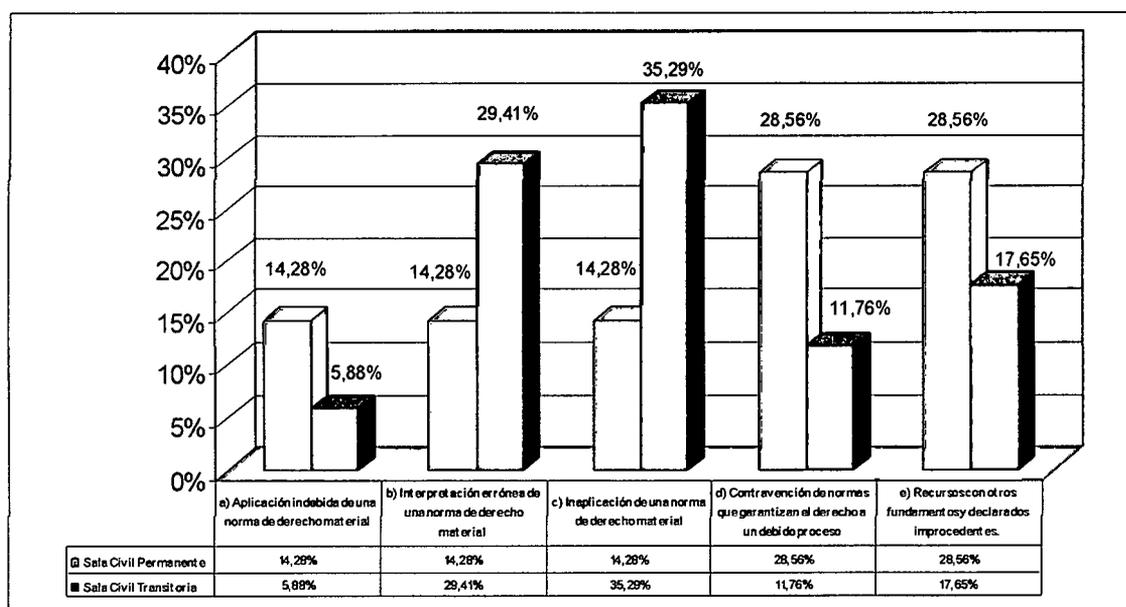
3).-FUNDAMENTOS PARA DECLARAR PROCEDENTES LOS RECURSOS DE CASACION INTERPUESTOS.

CUADRO N° 12
FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN, CUANDO EN LA SENTENCIA DE VISTA NO SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

CATEGORÍAS	Sala Civil Permanente		Sala Civil Transitoria		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
a) Aplicación indebida de una norma de derecho material	1	14,28	1	5,88	2	8,33
b) Interpretación errónea de una norma de derecho material	1	14,28	5	29,41	6	25,00
c) Inaplicación de una norma de derecho material	1	14,28	6	35,29	7	29,17
d) Contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso	2	28,56	2	11,76	4	16,67
e) Recursos con otros fundamentos y declarados improcedentes.	2	28,56	3	17,65	5	20,83
TOTAL	7	100%	17	100%	24	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 3, Ítem N° 3.
 ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 12
FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN, CUANDO EN LA SENTENCIA DE VISTA NO SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 3, Ítem N° 3.
 ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 12, se aprecia que:

- En la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 5 recursos de casación declarados procedentes, en el 14.28% que corresponde a 1 proceso de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento (causal) para declarar procedente el recurso de casación fue la aplicación indebida de una norma de derecho material (indebida aplicación del artículo 345-A del Código Civil); en el 14.28% que es igual a 1 proceso de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la interpretación errónea de una norma de derecho material (interpretación errónea del artículo 345-A del Código Civil); en el 14.28% que equivale a 1 proceso de divorcio por la causal referida, el fundamento (causal) fue la inaplicación de una norma de derecho material (inaplicación del artículo 345-A del Código Civil), y, en el 28.56% que corresponde a 2 procesos de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso (siendo un deber impuesto al Juez, la no aplicación del artículo 345-A del Código Civil, afecta el debido proceso).
- En la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 14 recursos de casación declarados procedentes, en el 5.88% que corresponde a 1 proceso de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento (causal) para declarar procedente el recurso de casación fue la aplicación indebida de una norma de derecho material (indebida aplicación del artículo 345-A del Código Civil); en el 29.41% que es igual a 5 procesos de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la interpretación errónea de una norma de derecho material (interpretación errónea del artículo 345-A

del Código Civil); en el 35.29% que equivale a 6 procesos de divorcio por la causal referida, el fundamento (causal), fue la inaplicación de una norma de derecho material (inaplicación del artículo 345-A del Código Civil), y, en el 11.76% que corresponde a 2 procesos de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso (siendo un deber impuesto al Juez, la no aplicación del artículo 345-A del Código Civil, afecta el debido proceso).

Resumiendo, en las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 19 recursos de casación declarados procedentes, en el 5.88% que corresponde a 2 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento (causal) para declarar procedente los recursos de casación fue la **aplicación indebida de una norma de derecho material** (indebida aplicación del artículo 345-A del Código Civil); en el 25.00% que es igual a 6 procesos de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la **interpretación errónea de una norma de derecho material** (interpretación errónea del artículo 345-A del Código Civil); en el 29.17% que equivale a 7 procesos de divorcio por la causal referida, el fundamento (causal), fue la **inaplicación de una norma de derecho material** (inaplicación del artículo 345-A del Código Civil); y, en el 16.67% que corresponde a 4 procesos de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la **contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso** (siendo un deber impuesto al Juez, la no aplicación del artículo 345-A del Código Civil, afecta el debido proceso)¹²⁰.

¹²⁰ El artículo 386 del Código Procesal Civil, establece: “**Causales.-** Son causales para interponer recurso de casación:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o
3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

4).- RECURSOS DE CASACION DECLARADOS FUNDADOS.

CUADRO N° 13

¿SE HA DECLARADO FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN, BASADO EN LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?

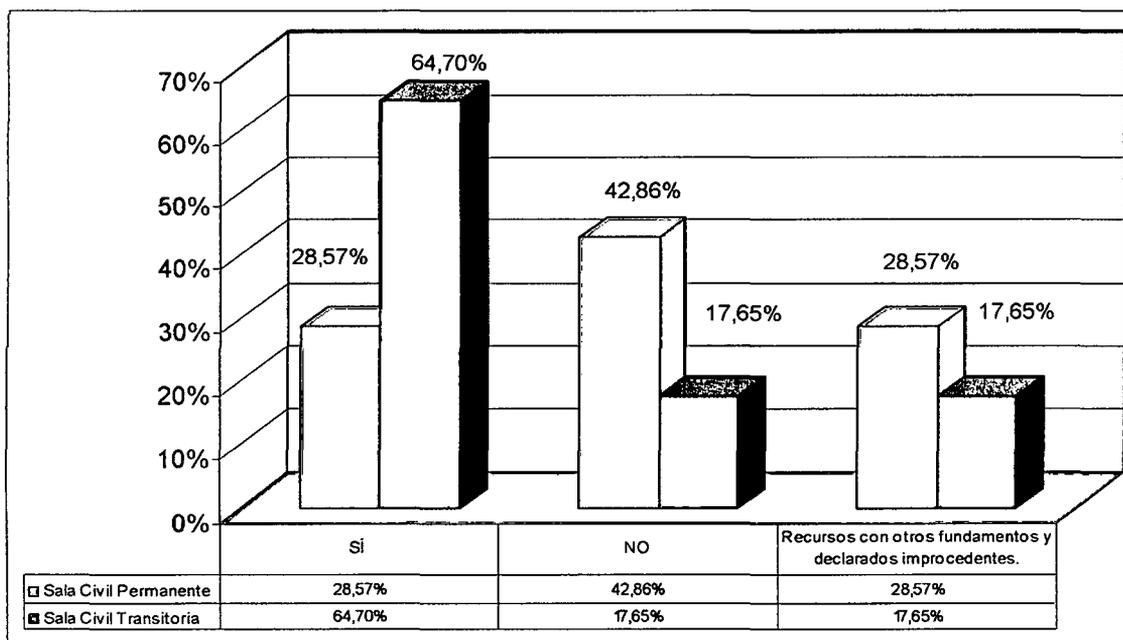
CATEGORÍAS	Sala Civil Permanente		Sala Civil Transitoria		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	2	28,57	11	64,70	13	54,16
NO	3	42,86	3	17,65	6	25,00
Recursos con otros fundamentos y declarados improcedentes.	2	28,57	3	17,65	5	20,83
TOTAL	7	100%	17	100%	24	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 3, Ítem N° 4.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 13

¿SE HA DECLARADO FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN, BASADO EN LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 3, Ítem N° 4.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del Artículo 236 de la Constitución.”

INTERPRETACIÓN

Se observa en el cuadro y gráfico N° 13 que:

- La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 5 recursos de casación declarados procedentes, en el 28.57% que corresponde a 2 procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, sí ha declarado fundados los recursos de casación interpuestos, basado en la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; mientras que en el 42.86% que equivale a 3 procesos de divorcio por causal mencionada, no ha declarado fundados los recursos de casación interpuestos, basados en la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.
- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 14 recursos de casación declarados procedentes, en el 64.70% que corresponde a 11 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, ha declarado fundados los recursos de casación por falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado; mientras que, en el 17,65% que representa a 3 procesos de divorcio por la causal mencionada, ha declarado fundados los recursos de casación interpuestos, basado en la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

En síntesis, en las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 19 recursos de casación declarados procedentes, en el 54.16% que corresponde a 13 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sí se han declarado fundados los recursos de casación interpuestos, basados en la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; en cambio, en el 25% que es igual a 6 procesos de divorcio por la causal referida, no se han declarado fundados los recursos de casación, basado en la falta de pronunciamiento y fijación de una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. Nos demuestra ello, que deben los jueces emitir pronunciamiento sobre los daños a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, de manera obligatoria.

Como tenemos señalado en el marco teórico, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, implica que en casos similares los diferentes órganos jurisdiccionales deben emitir pronunciamientos uniformes. Entonces, bajo dicha línea las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, vienen emitiendo sentencias casatorias de manera uniforme en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en lo que respecta a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, lo que demuestra que a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República se viene garantizando resoluciones predecibles en dicha materia.

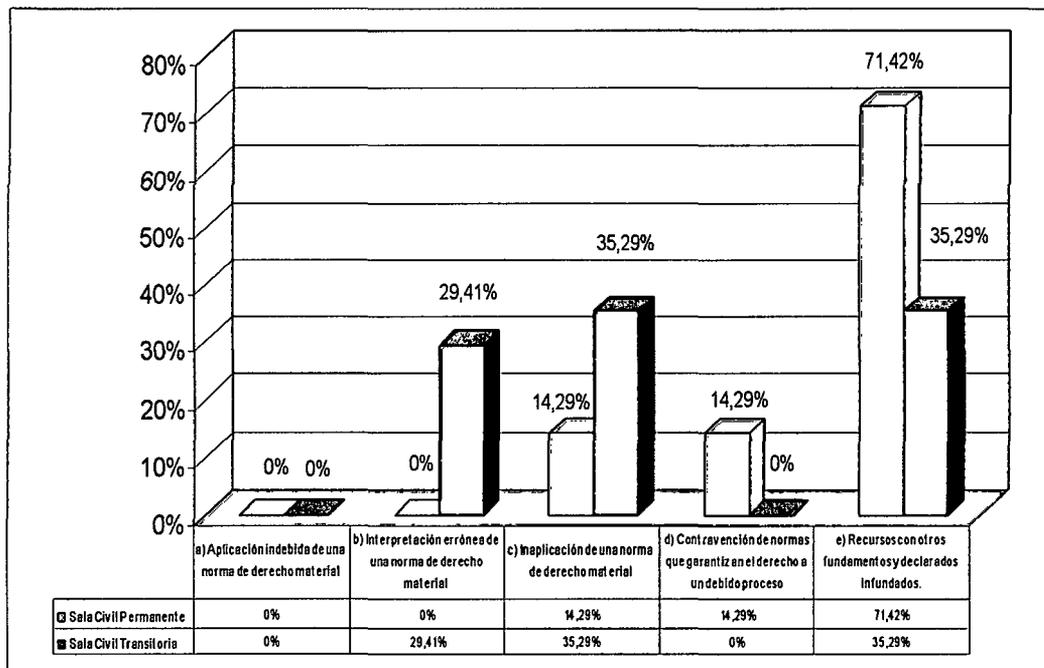
5).- FUNDAMENTOS PARA DECLARAR FUNDADOS LOS RECURSOS DE CASACION.

**CUADRO N° 14
FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA DECLARADO FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN POR FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS**

CATEGORÍAS	Sala Civil Permanente		Sala Civil Transitoria		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
a) Aplicación indebida de una norma de derecho material	0	0	0	0	0	0,00
b) Interpretación errónea de una norma de derecho material	0	0	5	29,41	5	20,83
c) Inaplicación de una norma de derecho material	1	14,29	6	35,29	7	29,17
d) Contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso	1	14,29	0	0	1	4,17
e) Recursos con otros fundamentos y declarados infundados.	5	71,42	6	35,29	11	45,83
TOTAL	7	100%	17	100%	24	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 3, Ítem N° 5.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

**GRÁFICO N° 14
FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE HA DECLARADO FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN POR FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑO**



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 3, Ítem N° 5.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 14, se aprecia:

- La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 2 recursos de casación declarados fundados, en el 14.29% que corresponde a 1 proceso de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento (causal) para declarar fundado el recurso de casación fue la inaplicación de una norma de derecho material (inaplicación del artículo 345-A del Código Civil); y, en el 14.29% que es igual a 1 proceso de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso (siendo un deber impuesto al Juez, la no aplicación del artículo 345-A del Código Civil, afecta el debido proceso). No declarándose fundado ningún recurso de casación por las causales de aplicación indebida de una norma de derecho material e interpretación errónea de una norma de derecho material.
- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 11 recursos de casación declarados fundados, en el 29.41% que corresponde a 5 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento (causal) para declarar fundado el recurso de casación fue la interpretación errónea de una norma de derecho material (errónea interpretación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil); en el 35.29% que es igual a 6 procesos de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la inaplicación de una norma de derecho material (inaplicación del segundo

párrafo del artículo 345-A del Código Civil). Ningún recurso de casación fue declarado fundado por las causales de aplicación indebida de una norma de derecho material y por contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

Resumiendo, en las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 13 recursos de casación declarados fundados, en el 20,83% que corresponde a 5 procesos de divorcio por causal de separación de hecho, el fundamento (causal) para declarar fundado el recurso de casación fue la **interpretación errónea de una norma de derecho material** (interpretación errónea del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil); en el 29,17% que es igual a 7 procesos de divorcio por la causal mencionada, el fundamento (causal) ha sido la **inaplicación de una norma de derecho material** (inaplicación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil), y, en el 4.17% que corresponde a 1 proceso de divorcio por la causal referida, el fundamento (causal) ha sido la **contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso** (siendo un deber impuesto al Juez, la no aplicación del artículo 345-A del Código Civil, afecta el debido proceso). Reafirma, que los jueces deben obligatoriamente aplicar la disposición legal antes mencionada en las sentencias expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, por ser imperativa como veremos más adelante.

4.1.3.- OPINIÓN DE LOS SEÑORES JUECES DE FAMILIA DE LAS PROVINCIAS DE PUNO Y SAN ROMAN, Y VOCALES SUPERIORES DE LAS SALAS CIVILES DE PUNO Y SAN ROMÁN, SOBRE LA APLICACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 345-A DEL CODIGO CIVIL.

El tercer objetivo específico propuesto para la presente investigación es, conocer la opinión de los Jueces de Familia y Vocales Superiores, acerca de la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en lo que respecta a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho.

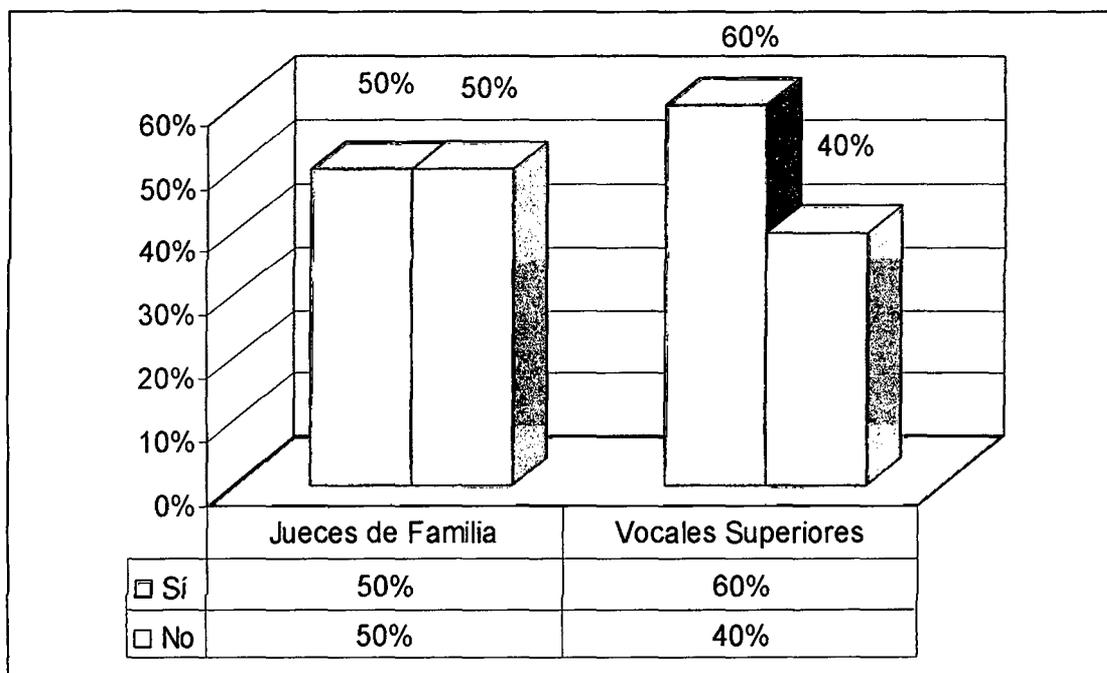
Para el logro de este objetivo, esto es, para determinar si es obligatorio pronunciarse en las sentencias de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, se ha procedido a realizar encuestas a **4 Jueces y 5 Vocales Superiores**, de acuerdo al ítem 1 del anexo N° 4, cuyos resultados son:

CUADRO N° 15
EN APLICACIÓN DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 345-A DEL
CÓDIGO CIVIL, ¿CONSIDERA UD. QUE DEBE OBLIGATORIAMENTE EL
JUEZ PRONUNCIARSE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A
FAVOR DEL CÓNYPUGE PERJUDICADO, CUANDO NO SE HAYA
DEMANDADO O RECONVENIDO COMO PRETENSION?

CATEGORÍAS	Jueces de Familia		Vocales Superiores		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	2	50	3	60	5	56
NO	2	50	2	40	4	44
TOTAL	4	100%	5	100%	9	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 1.
 ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 15
EN APLICACIÓN DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 345-A DEL
CÓDIGO CIVIL, ¿CONSIDERA UD. QUE DEBE OBLIGATORIAMENTE EL
JUEZ PRONUNCIARSE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A
FAVOR DEL CÓNYPUGE PERJUDICADO, CUANDO NO SE HAYA
DEMANDADO O RECONVENIDO COMO PRETENSION?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 1.
 ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

En el cuadro y gráfico N° 15 se observa:

- Los Jueces de los Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, en el 50% que corresponde a 2 de ellos, consideran que en aplicación de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, el Juez debe obligatoriamente pronunciarse y fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, aun cuando no se haya demandado o reconvenido como pretensión; sin embargo, el 50% que corresponde a 2 Jueces, consideran que bajo la norma mencionada, que no es obligación del juez emitir pronunciamiento y fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, cuando no haya sido demandado o reconvenido como pretensión.
- Los Vocales Superiores de las Salas Civiles de Puno y San Román, en el 60% que corresponde a 3 de ellos, consideran que en aplicación de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, obligatoriamente el Juez debe pronunciarse y fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, aun cuando no se haya demandado o reconvenido como pretensión; sin embargo, el 40% que corresponde a 2 Vocales, consideran que en aplicación de dicha norma, no es obligación que el Juez emita pronunciamiento y fije una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, cuando no haya sido demandado o reconvenido como pretensión.

En suma, tanto los Jueces de Familia como los Vocales Superiores, consideran en su mayoría, 5 de ellos, que corresponde al 56%, que en aplicación la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, el Juez obligatoriamente debe pronunciarse y fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, aun cuando no se haya demandado o reconvenido como pretensión; mientras que 4 de ellos, que equivale al 44%, consideran que el Juez no tiene la obligación de pronunciarse y fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, cuando no se ha demandado o reconvenido como pretensión. Haciendo concluir que entre los Jueces y Vocales Superiores no existe uniformidad en la aplicación de la norma mencionada.

Como se ha tratado en el marco teórico de la presente investigación, en la doctrina nacional, Alex F. Plácido Vilcachagua¹²¹, Max Arias-Schreiber Pezet¹²², Javier Rolando Peralta Andía¹²³, y Enrique Varsi Rospigliosi¹²⁴, son de opinión que el Juez debe obligatoriamente pronunciarse en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sobre el cónyuge perjudicado y fijarle una indemnización por los daños ocasionados, aun cuando no se haya solicitado vía demanda o reconvenición, más que es deber del Juez el velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil,

¹²¹ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, pp. 122 a 125-

¹²² ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max: Ob. Cit., T. VII, p. 317.

¹²³ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando: Ob. Cit., p. 337.

¹²⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Ob. Cit., p. 51.

incorporado por el artículo 4 de la Ley número 27495. Es también la orientación establecida por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, entre otros, en la Casación Nro. 2449-2006-CUSCO y Casación Nro. 2413-2005-LIMA¹²⁵, respectivamente, al señalar en las mismas que los juzgadores deben pronunciarse necesariamente sobre el cónyuge perjudicado y fijar una indemnización por daños, aun cuando no se haya solicitado; que impone al juzgador el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado; que el juzgador se encuentra en la obligación de apreciar, valorar y resolver de oficio el señalamiento de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado; que no obliga a solicitar vía acción o reconvención sino que impone al juzgador la obligación de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; y, es obligación de todos los jueces, sin importar la instancia en que se encuentre el proceso, de emitir pronunciamiento por ser mandato taxativamente previsto en la ley.

4.1.4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 345-A DEL CODIGO CIVIL.

El cuarto objetivo específico propuesto para la presente investigación es, determinar y explicar la naturaleza jurídica de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

Para el logro de este objetivo, fundamentalmente, se ha procedido a realizar encuestas a **4 Jueces y 5 Vocales Superiores**, de acuerdo al

¹²⁵ Diario Oficial El Peruano, separata Sentencias en Casación, 30 de noviembre 2006, p. 17820.

item 2 del anexo N° 4, así como revisado la doctrina y jurisprudencia de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, cuyos resultados se verifican en el cuadro y gráfico que siguen:

CUADRO N° 16

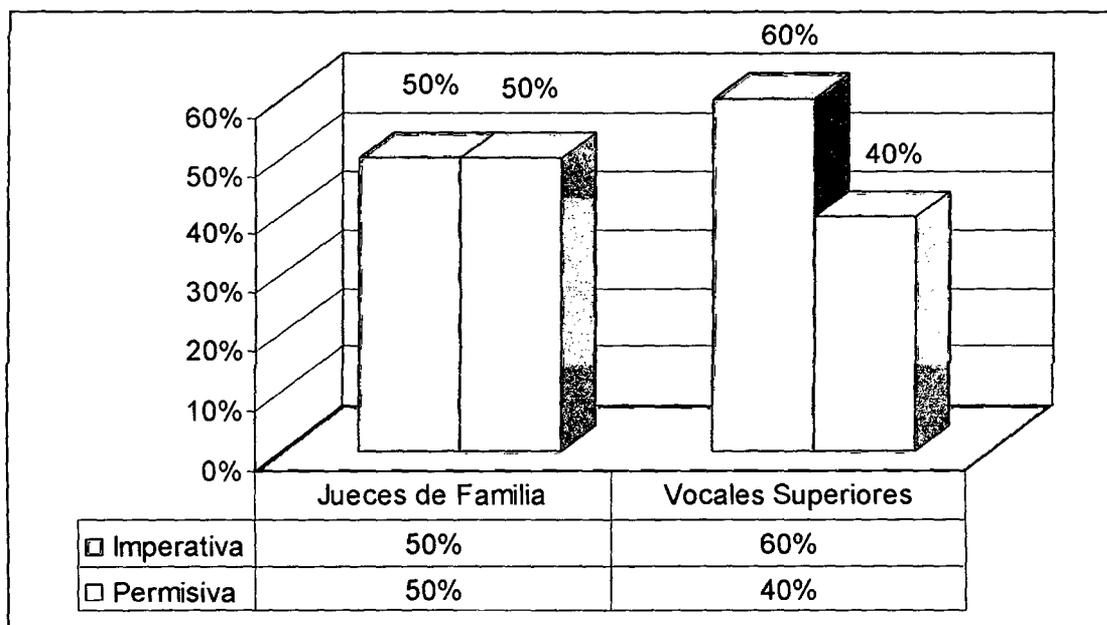
¿CUAL ES LA NATURALEZA JURIDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL?

CATEGORÍAS	Jueces de Familia		Vocales Superiores		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
Imperativa	2	50	3	60	5	56
Permisiva	2	50	2	40	4	44
TOTAL	4	100%	5	100%	9	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 2.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 16

¿CUAL ES LA NATURALEZA JURIDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 2.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

En el cuadro y gráfico N° 16, se observa:

- Los Jueces de los Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, en el 50% que corresponde a 2 Jueces, consideran que la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, es de naturaleza imperativa; mientras que, el 50% de ellos que equivale también a 2 Jueces, consideran que la norma mencionada, es de naturaleza permisiva.
- En cambio, los Vocales Superiores de las Salas Civiles de Puno y San Román, en el 60% de ellos que corresponde a 3 Vocales, consideran que la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, es de naturaleza imperativa; y, por el contrario, el 40% que corresponde a 2 Vocales, consideran que la norma mencionada, es de naturaleza permisiva.

En suma, tanto los Jueces de Familia como los Vocales Superiores, consideran en su mayoría, en el 56% que corresponde a 5 de ellos, que la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, es de naturaleza imperativa; y, el 44% que corresponde a 4 de ellos, consideran que dicha norma, es de naturaleza permisiva.

Como también se tiene señalado en el marco teórico, la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, incorporado por el artículo 4 de la Ley número 27495, es una norma de

naturaleza imperativa; pues, como señala RENDON VASQUEZ¹²⁶, refiriéndose a las normas organizativas del Estado, “[...] son imperativas, si imponen la realización de un acto en la forma de una decisión que debe ser necesariamente cumplida”. Así lo ha señalado PLACIDO V., Alex F.¹²⁷ cuando dice: “Con el propósito de reparar los daños que pueda sufrir el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos, etc.; así como, con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente ese cónyuge perjudicado por la separación de hecho, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades y, en su caso, las de sus hijos al concluir el vínculo matrimonial, a propósito de la conducta del consorte que motivó tal estado, demostrando la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones conyugales y familiares, **la ley impone al juzgador la obligación de velar por su estabilidad económica**”; agrega que, “**se debe insistir en el carácter obligatorio, una vez determinado quién es el cónyuge culpable, de fijarse en la sentencia la indemnización**”; es también la orientación que sigue ARIAS-SHREIBER PEZET, Max¹²⁸, cuando señala, al comentar el dispositivo legal antes mencionado: “Además, [...] **el Juez está en el deber, como regla general, de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho,**

¹²⁶ RENDON VASQUEZ, Jorge: Ob. Cit., p. 58.

¹²⁷ PLACIDO V., Alex F.: Divorcio, pp.122 a 125.

¹²⁸ ARIAS-SHREIBER PEZET, Max: Ob. Cit., T II, p. 317.

[...]; e, igual es la orientación de PERALTA ANDIA, Javier Rolando¹²⁹, pues pone énfasis al reproducir el dispositivo legal de que tratamos, y de VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique¹³⁰, al señalar: “[...], a efectos de brindar seguridad y garantía al cónyuge demandado, la denominada ley de separación de hecho ha considerado pertinente facultar expresamente al Juez para que vele por la estabilidad económica del cónyuge que no motivó la separación, [...], **debiendo señalar una reparación por el daño moral**, [...]”. Así también lo han reiterado las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República en sentencias casatorias expedidas en procesos de divorcio por causal de separación de hecho; la Sala Civil Permanente, en la CASACION Nro. 2449-2006-CUSCO, del 22 de agosto del 2006, cuando señala en la parte pertinente: “**Sexto.- Que, asimismo, cabe señalar que la norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido, siendo así el segundo párrafo del artículo 345-A del Código acotado en forma imperativa exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulta perjudicado; [...], ha efectuado una correcta interpretación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, al pronunciarse respecto de la indemnización advertida dado el carácter imperativo de la norma, [...]**” (el resaltado es nuestro); la Sala Civil Transitoria, en la CASACION Nro. 2413-2005-LIMA, del 19 de abril del 2006, al señalar en la parte pertinente: “**Sexto.- Que, [...], y teniendo en consideración el texto del artículo 345-A del**

¹²⁹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando: Ob. Cit., p. 337.

¹³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Ob. Cit., p. 51.

Código Civil, se advierte que la denuncia de vicios *in procedendo* merece ser amparada, pues no obstante que **la glosada norma sustantiva impone como deber de los jueces el señalar una indemnización por daños, [...]**, agrega, “[...], el Colegiado Superior omitió pronunciarse sobre dicho aspecto, como si la norma mencionada fuese de carácter facultativa.”. **“Sétimo.-** Que, fue con dicho proceder que se colocó a la demandada en una situación de indefensión, pues, **no obstante el evidente carácter imperativo de la glosada norma sustantiva, [...]**” (el resaltado es nuestro).

4.1.5.-AFECTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y CONGRUENCIA PROCESAL.

El quinto objetivo específico propuesto para nuestra investigación es, determinar y explicar si al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, sin haber sido demandado o reconvenido, se afecta los principios dispositivo y congruencia procesal.

Para lograr este objetivo, también fundamentalmente, se ha procedido a realizar encuestas a **4 Jueces y 5 Vocales Superiores**, de acuerdo al ítem 3 del anexo N° 4, así como revisado la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, cuyos resultados se verifican en el cuadro y gráfico siguientes:

CUADRO Nº 17

¿CONSIDERA UD. QUE AL PRONUNCIARSE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO, SIN HABER SIDO SOLICITADO, SE AFECTA LOS PRINCIPIOS, DISPOSITIVO Y DE CONGRUENCIA PROCESAL?

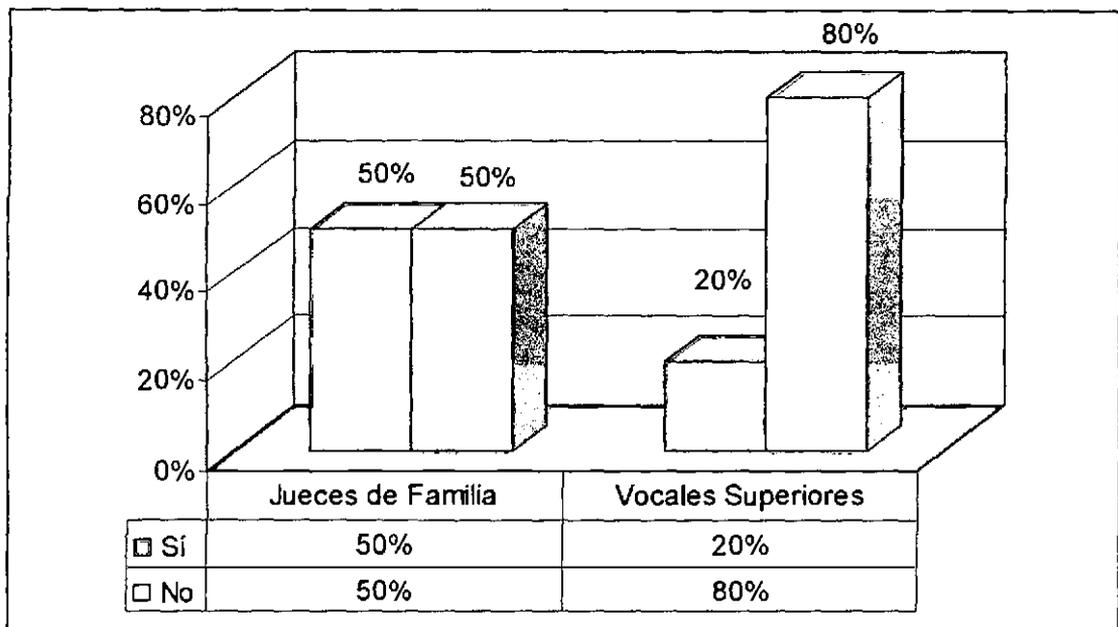
CATEGORÍAS	Jueces de Familia		Vocales Superiores		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	2	50	1	20	3	33
NO	2	50	4	80	6	67
TOTAL	4	100%	5	100%	9	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 4, Ítem Nº 3.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO Nº 17

¿CONSIDERA UD. QUE AL PRONUNCIARSE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO, SIN HABER SIDO SOLICITADO, SE AFECTA LOS PRINCIPIOS, DISPOSITIVO Y DE CONGRUENCIA PROCESAL?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo Nº 4, Ítem Nº 3.

ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

En el cuadro y gráfico N° 17, se aprecia:

- Los Jueces de los Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, en el 50% que corresponde a 2 Jueces, consideran que al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en las sentencias de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sin haber sido solicitado o pretendido, se afecta los principios dispositivo y de congruencia procesal; por el contrario, el otro 50% que es igual a 2 Jueces, manifiestan que al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, sin haber sido solicitado, no se afecta los principios dispositivo y de congruencia procesal.
- Por su parte, se aprecia que el 80% que corresponde a 4 Vocales Superiores de las Salas Civiles de Puno y San Román, consideran que al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en las sentencias de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sin haber sido solicitado o pretendido, no se afecta los principios dispositivo y de congruencia procesal; por el contrario, el 20% que es igual a 1 Vocal Superior, considera que al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, sin haber sido solicitado o pretendido, sí se afecta los principios dispositivo y de congruencia procesal.

Sintetizando, tanto los Jueces de Familia así como los Vocales Superiores, consideran a través del cuestionario aplicado, en el 67% que corresponde a 6 de ellos, que al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en las sentencias de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sin haber sido solicitado o pretendido, no se afecta los principios dispositivo y de congruencia procesal; por el contrario, el 33% que es igual a 3 de los mencionados Magistrados, consideran que al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, sin haber sido solicitado ni pretendido, sí se afecta los principios dispositivo y de congruencia procesal.

Como tenemos señalado en el marco teórico, por el principio dispositivo corresponde al sujeto activo del proceso, iniciar y determinar su objeto; esto es, el proceso civil se inicia a instancia de parte, exponiendo los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa, y el pronunciamiento o resolución que solicita al Juez. Y, el principio de congruencia procesal, que es una consecuencia del primero, exige la identidad jurídica entre lo resuelto y, las pretensiones propuestas y debatidas por las partes en el proceso; pero, este principio se ha flexibilizado, entre otros en el derecho de daños y en los procesos de Derecho de Familia, de ahí que no existe incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícito o era consecuencia inescindible o necesaria de la pretensión principal

debatida en el proceso, como ha señalado el Tribunal Constitucional Español¹³¹ y también la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República¹³². Precisamente, en el caso del divorcio por causal de separación de hecho, es una de sus consecuencias de la pretensión principal, el pronunciarse sobre el cónyuge perjudicado y fijarle una indemnización a su favor, como fluye del texto del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil; por lo cual, al emitirse pronunciamiento sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, sin haber sido solicitado vía demanda o reconvención, no se afecta los principios mencionados.

4.1.6.- POSIBILIDAD DE MODIFICACION LEGISLATIVA.

El sexto objetivo específico que nos propusimos para la presente investigación es, proponer modificaciones legislativas y mecanismos jurídicos para la aplicación uniforme de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

Para el logro de este objetivo, en lo que respecta a la posibilidad de proponer modificaciones legislativas, se ha procedido a realizar encuestas a **4 Jueces y 5 Vocales Superiores**, de acuerdo al ítem 4 del anexo N° 4, cuyos resultados se verifican en el cuadro y gráfico que siguen:

¹³¹ STC 9/1998 del 12 de enero de 1998, en www.uv.es/nripj/3serh.htm.

¹³² Casación Nro. 2699-2001-La Libertad, en Diario Oficial El Peruano separata Sentencias en Casación, 31 de octubre del 2002, p. 9428.

CUADRO N° 18

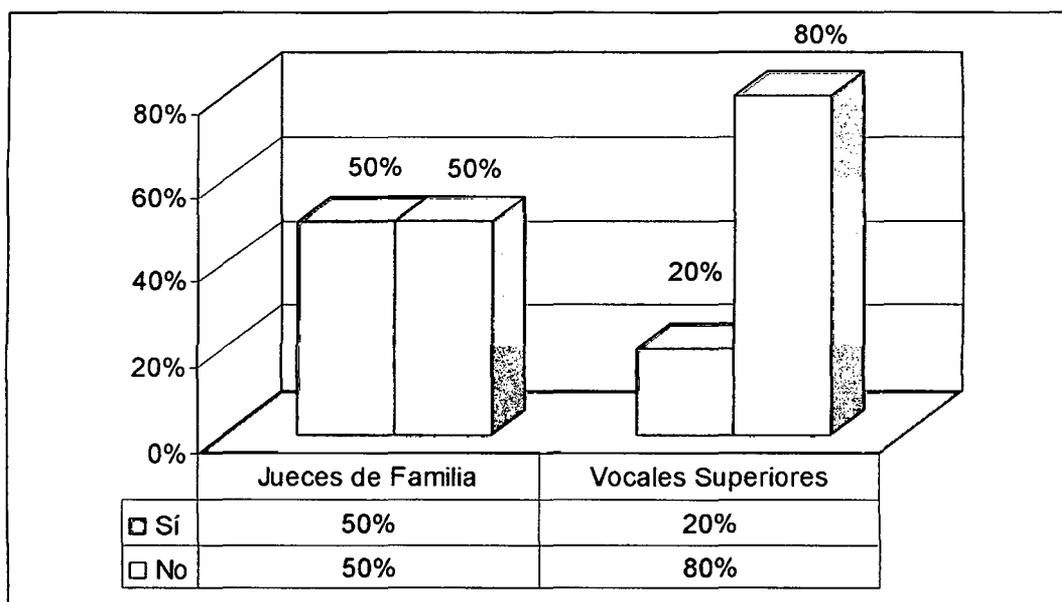
¿CONSIDERA UD. QUE ES NECESARIO UNA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA PARA POSIBILITAR LA APLICACIÓN UNIFORME DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL, PARA DE ESA MANERA LOS JUECES SE PRONUNCIEN SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO, HAYA O NO SIDO DEMANDADO O RECONVENIDO EXPRESAMENTE?

CATEGORÍAS	Jueces de Familia		Vocales Superiores		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	2	50	1	20	3	33
NO	2	50	4	80	6	67
TOTAL	4	100%	5	100%	9	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 4.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRAFICO N° 18

¿CONSIDERA UD. QUE ES NECESARIO UNA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA PARA POSIBILITAR LA APLICACIÓN UNIFORME DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL, PARA DE ESA MANERA LOS JUECES SE PRONUNCIEN SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO, HAYA O NO SIDO DEMANDADO O RECONVENIDO EXPRESAMENTE?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 4.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 18, se desprende que:

- Los Jueces de los Juzgados Especializados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, en el 50% que representa a 2 de ellos, considera que es necesario aclarar, mediante una modificación legislativa, el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, para de esa manera los jueces se pronuncien y fijen una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, haya o no sido demandado o reconvenido expresamente; sin embargo, el otro 50% que corresponde a 2 Jueces, manifiestan que no es necesario aclarar, mediante una modificación legislativa, el mencionado dispositivo legal, para de esa manera los jueces se pronuncien y fijen una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, haya o no sido demandado o reconvenido expresamente.
- En cambio, los Vocales Superiores de las Salas Civiles de Puno y San Román, en el 80% que representa a 4 de ellos, considera que no es necesario aclarar, mediante una modificación legislativa, el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, para de esa manera los jueces se pronuncien y fijen una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, haya o no sido demandado o reconvenido expresamente; pero, el 20% que corresponde a 1 Vocal Superior, opina a través de la encuesta, que sí es necesario aclarar, mediante una modificación legislativa, el dispositivo legal citado, para de esa manera los jueces se pronuncien y fijen una indemnización por daños a favor del

cónyuge perjudicado, haya o no sido demandado o reconvenido expresamente.

En suma, tanto los Jueces de Familia como los Vocales Superiores, en el 67% que corresponde a 6 de ellos, consideran que no es necesaria modificación legislativa alguna, para posibilitar la aplicación uniforme de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, y de esa manera los jueces se pronuncien y fijen una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, haya o no sido demandado o reconvenido expresamente; mientras que, en el 33% que es igual a 3 de ellos, sí consideran necesaria una reforma legislativa al respecto. Lo que demuestra que es cuestión de interpretación la uniforme aplicación de la norma legal citada, lo que nos lleva a proponer otros mecanismos jurídicos previstos en la legislación para uniformizar la aplicación de la norma antes mencionada.

4.1.7.- AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y, CONSIGUIENTEMENTE, LA SEGURIDAD JURIDICA.

El objetivo general propuesto para la presente investigación es, determinar la necesidad de los jueces de aplicar obligatoriamente lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, para no afectar el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.

Para el logro de dicho objetivo, se ha efectuado encuestas a **4 Jueces y 5 Vocales Superiores**, de acuerdo al ítem 5 del anexo N° 4, cuyos resultados se verifican en el cuadro y gráfico que siguen; asimismo, se han revisado la jurisprudencia suprema y la doctrina nacional correspondiente:

CUADRO N° 19

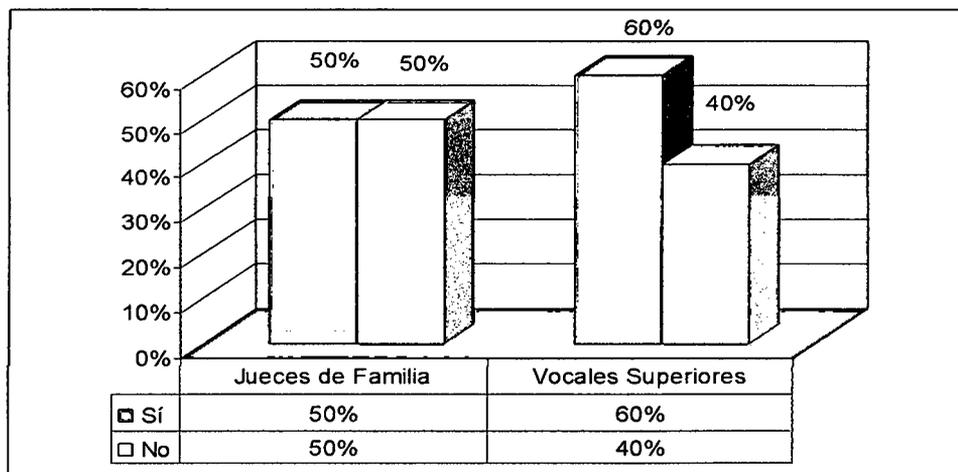
¿CONSIDERA UD. QUE AL NO PRONUNCIARSE NI FIJAR UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO, SE AFECTA EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y, CONSIGUIENTEMENTE, LA SEGURIDAD JURÍDICA?

CATEGORÍAS	Jueces de Familia		Vocales Superiores		TOTAL	
	f _i	%	f _i	%	f _i	%
SÍ	2	50	3	60	5	56
NO	2	50	2	40	4	44
TOTAL	4	100%	5	100%	9	100%

FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 5.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

GRÁFICO N° 19

¿CONSIDERA UD. QUE AL NO PRONUNCIARSE NI FIJAR UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO, SE AFECTA EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y, CONSIGUIENTEMENTE, LA SEGURIDAD JURÍDICA?



FUENTE: Ficha de Registro, Anexo N° 4, Ítem N° 5.
ELABORACIÓN: El Ejecutor.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro y gráfico N° 19, se desprende:

- Los Jueces de los Juzgados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, en el 50% que equivale a 2 de ellos, consideran a través de la encuesta, que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho cuando no ha sido demandado ni reconvenido como pretensión, se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica; mientras que el otro 50% que corresponde a 2 Jueces, consideran que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal referida cuando no fue demandado ni reconvenido, no se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica.
- Los Vocales Superiores de las Salas Civiles de Puno y San Román, en el 60% que corresponde a 3 de ellos, consideran a través de la encuesta, que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho cuando no ha sido demandado ni reconvenido, se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica; en cambio, el 40% que corresponde a 2 vocales superiores, consideran que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en

los procesos de divorcio por la causal en mención cuando no se ha demandado ni reconvenido como pretensión, no se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica.

En suma, tanto los Jueces de Familia como los Vocales Superiores, en su mayoría, en el 56% que representa a 5 de ellos, consideran que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho cuando no se ha demandado ni reconvenido como pretensión, se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica; en cambio, el 44% que corresponde a 4 de ellos, consideran que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por la causal mencionada cuando no se ha demandado ni reconvenido como pretensión, no se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica.

Como se tiene expuesto en el marco teórico, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, implica que en casos similares los diferentes órganos jurisdiccionales deben emitir pronunciamientos uniformes; de ahí que, como señala JIMENEZ VARGAS-MACHUCA¹³³, la predictibilidad, es el eje de la seguridad jurídica. A decir de DIEZ CANSECO y PASQUEL¹³⁴, “al ofrecer a la sociedad civil criterios claros y definidos acerca de cómo se interpreta la ley en

¹³³ JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana: Ob. Cit., p.144.

¹³⁴ DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique: Ob. Cit., p. 23.

casos concretos, se estaría generando predictibilidad en lo atinente a las resoluciones de los Jueces [...]”, y como sostiene CASTILLO ALVA¹³⁵, “No basta que la ley sea igual para todos, sino que resulta indispensable que la ley deba ser aplicado para todos del mismo modo”, agrega, “Un sistema jurídico, más aún si se trata de un sistema compatible con un Estado de Derecho, sólo puede funcionar de manera eficaz si es que en la aplicación de sus normas y principios se garantiza la continuidad y unidad de interpretación del orden normativo”. Esto es, en el problema de investigación, siendo la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, una norma imperativa, como lo han señalado las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República¹³⁶, en sentencias casatorias ya referidas, al señalar en las mismas que los juzgadores deben pronunciarse necesariamente sobre el cónyuge perjudicado y fijar una indemnización por daños, aun cuando no se haya solicitado vía acción o reconvención, imponiendo al juzgador de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado, estando el juzgador en la obligación de apreciar, valorar y resolver de oficio el señalamiento de una indemnización a favor del cónyuge perjudicado y, es obligación de todos los jueces, sin importar la instancia en que se encuentre el proceso, de emitir pronunciamiento por ser mandato taxativamente previsto en la ley; ésta es también la opinión de la doctrina nacional, Alex F. Plácido Vilcachagua, Max Arias-Schreiber Pezet

¹³⁵ CASTILLO ALVA, José Luís y otro: “El precedente judicial y el precedente constitucional”, ARA Editores, primera edición, Lima, 2008, pp. 33 y 34.

¹³⁶ Sala Civil Permanente: Casaciones números 1343-2005-Lima, 2449-2006-Cusco, y 1159-2007-Junín. Sala Civil Transitoria: Casaciones números 952-2005-Ayacucho, 2413-2005-Lima, 2698-2005-Cusco, 1512-2005-Lambayeque, 1312-2005-Cajamarca, 2860-2005-Callao, 2530-2005-Arequipa, 3116-2005-Cono Norte, 1358-2005-Lima, y 620-2006-Lima.

Javier Rolando Peralta Andía, y Enrique Varsi Rospigliosi¹³⁷, quienes opinan que el Juez debe obligatoriamente pronunciarse en los procesos de divorcio *por causal de separación de hecho*, sobre el cónyuge perjudicado y fijarle una indemnización por los daños ocasionados, aun cuando no se haya solicitado vía demanda o reconvención, más que es deber del Juez el velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, incorporado por el artículo 4 de la Ley número 27495; todos los órganos jurisdiccionales deben aplicar obligatoriamente en las sentencias que declaran fundadas las demandas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se haya o no pretendido expresamente, tanto más si los justiciables dentro de los fundamentos de hecho en que sustentan su pretensión hacen referencia a la causa o causas que ocasionaron tal separación y al cónyuge que la ha originado. De ahí que, al no interpretarse y aplicarse de manera uniforme la norma legal mencionada, se afecta la predictibilidad de las resoluciones judiciales, que es justamente uno de los problemas de la Administración de Justicia en el Perú, ya que como sostiene PAREDES INFANZÓN¹³⁸, “en la administración de justicia peruana, los litigantes se encuentran en una incertidumbre, no hay probabilidad ni certeza de cómo será las resultas del proceso por cuanto hay tantos criterios en casos similares, que lo suyo podrá ser otro”; justamente, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, es una de las preocupaciones del Poder Judicial de nuestro país, por

¹³⁷ PLACIDO V., Alex F.: “Divorcio”, pp. 122 a 125; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max: Ob.Cit. T VII, p. 317; PERALTA ANDIA, Javier Rolando: Ob. Cit., p. 337; y, VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Ob. Cit., p. 51.

¹³⁸ PAREDES INFANZÓN, Jelio: Ob. Cit., p.16.

ello la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS¹³⁹, en el Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, en el Area 6: Predictibilidad y Jurisprudencia, ha propuesto como objetivo estratégico, “Crear condiciones y mecanismos institucionales que permitan cimentar las bases de un sistema predecible”, a través de la puesta en marcha de mecanismos que permitan la elaboración fluida de las decisiones judiciales que, partiendo de la identificación de criterios uniformes de razonamiento jurídico, promuevan el establecimiento de una administración de justicia predecible y confiable; y, también en el Plan de Desarrollo Institucional del Poder Judicial¹⁴⁰, se ha propuesto como Visión Institucional del Poder Judicial: “Ser un Poder del Estado autónomo e independiente, eficiente y eficaz, moderno, transparente y predecible, comprometido a servir a las personas de manera profesional y humana en todos los procesos a su cargo”, y como una de sus estrategias para generar confianza en la ciudadanía, el mejoramiento de la predictibilidad y jurisprudencia. Más, con motivo de la realización del Pleno Jurisdiccional Regional Civil llevada a cabo en la ciudad de Arequipa en el mes de marzo del 2008, en la presentación del material de lectura, el Presidente del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial¹⁴¹, ha señalado: “Dentro del proceso de reforma del Poder Judicial se tiene especial preocupación por el tema de los Plenos Jurisdiccionales en el convencimiento

¹³⁹ CERIAJUS: “Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia”, Lima, 2004, pp. 305 a 312.

¹⁴⁰ PODER JUDICIAL: “Plan de Desarrollo Institucional del Poder Judicial – Resumen Ejecutivo”, presentado por Informet, Lima, 2007, pp. 3.

¹⁴¹ PODER JUDICIAL y JUSPER: “Pleno Jurisdiccional Regional Civil – Material de lectura”, Arequipa, 2008.

que éstos constituyen herramientas valiosas, capaces de promover la uniformidad de los criterios jurisdiccionales y conseguir la tan anhelada predictibilidad de las resoluciones judiciales”.

Entonces, como uno de los objetivos de la predictibilidad judicial es la seguridad jurídica, entendida como la seguridad proporcionada por el Derecho, que protege la expectativa del justiciable a que su conflicto se resuelva de la forma como establece la ley y de manera uniforme, cualquiera que fuera el órgano jurisdiccional que emita la decisión, y como ha señalado el Tribunal Constitucional¹⁴², “El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”; por ello, DIEZ-PICAZO¹⁴³ manifiesta respecto a la seguridad jurídica que, “significa la previsibilidad de que los poderes públicos, en un caso concreto, actuarán o dejarán de hacerlo y de que, si actúan, lo harán de una determinada manera y no de otra”, y como es una idea inmanente al concepto de Estado de Derecho, agrega, “la vida social requiere de la posibilidad de una orientación segura y previsible de las decisiones individuales y colectivas y de una seguridad de realización de las

¹⁴² Expediente Nro. 0016-2002-AI/TC, del 30 de abril del 2003.

¹⁴³ DIEZ-PICAZO, Luís María: “La doctrina del precedente administrativo”, en *Revista de la Administración Pública*, Nro. 98, Mayo-Agosto 1982, p. 13.

previsiones normativas”. De ahí que JIMENEZ VARGAS-MACHUCA¹⁴⁴ precisa: “La seguridad jurídica no se reduce a la estabilidad de normas jurídicas concretas mediante su permanencia forzada de tiempo”, y como dice CASTILLO ALVA¹⁴⁵, “en este sentido, la seguridad jurídica se predica tanto de las normas abstractas como de las normas aplicadas. No puede predicarse la seguridad jurídica si sólo existe un sistema perfecto de normas generales y cuya aplicación es un fracaso”, agregando que, “la seguridad jurídica se torna mayor y adquiere ribetes más altos cuando los fallos adquieren constancia, uniformidad y se vuelven permanentes en la solución de una determinada controversia”, de ahí que la seguridad jurídica obliga certeza y confianza en la aplicación del Derecho, exige regularidad estructural y funcional en la estructura y aplicación de las normas jurídicas e, igualmente ausencia de arbitrariedad en los actos de creación y aplicación de las normas jurídicas, siendo por tanto una garantía frente a la incertidumbre, a la imprevisibilidad, la arbitrariedad, la ineficacia y, en general, todo lo que haga peligrar la confianza garantizada en su vigencia y en su administración imparcial y justa. Por lo señalado, al no aplicarse de manera uniforme la norma legal de que tratamos, indudablemente también se afecta la seguridad jurídica; así lo ha señalado también CASTILLO ALVA¹⁴⁶: “Se vulnera la seguridad jurídica cuando en dos casos semejantes no se actúa del mismo modo”.

¹⁴⁴ JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana: Ob. Cit., p. 150.

¹⁴⁵ CASTILLO ALVA, José Luis: Ob. Cit., pp. 60 a 62.

¹⁴⁶ CASTILLO ALVA, José Luis: Ob. Cit., p. 63.

4.2.- PRUEBA DE HIPÓTESIS

A continuación, se da a conocer la prueba de hipótesis planteada en el trabajo de investigación la cual es:

“La inaplicación por los jueces de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica.”

Esta hipótesis, es confirmada, teniendo en cuenta que la doctrina peruana mayoritaria considera que siendo dicha norma legal de naturaleza imperativa, que obliga al Juez a emitir pronunciamiento en las sentencias de divorcio por causal de separación de hecho en las que se declara fundada la demanda y/o reconvenición interpuestas, sobre la indemnización por daños, y una vez determinado el cónyuge perjudicado fijarle una indemnización a su favor, no requiriendo ser demandado y/o reconvenido expresamente como pretensión, más aun si en los fundamentos de hecho hacen referencia a las causas que han originado y determinado la separación de hecho de los cónyuges; que es también el criterio uniforme emitido en las sentencias en casación por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República; y, también, los Jueces de Familia y Vocales Civiles Superiores encuestados, en su mayoría, consideran que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio

por causal de separación de hecho cuando no se ha demandado ni reconvenido como pretensión, se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales, en virtud del cual debe interpretarse y aplicarse la norma mencionada de manera uniforme y, siendo una consecuencia inescindible de la pretensión principal debatida en el proceso, los diferentes órganos jurisdiccionales deben emitir pronunciamientos uniformes, y consiguientemente, a la seguridad jurídica porque es uno de sus objetivos la predictibilidad judicial.

En tal sentido es aprobada nuestra hipótesis planteada, que tomó realce en la investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En relación a la aplicación en las sentencias de primera instancia y de vista expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, los Juzgados Especializados de Familia de las Provincias de Puno y San Román, de un total de 51 sentencias, en el 41.18% que representa a 21 de ellas, han aplicado la norma legal mencionada, referido a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; mientras las Superiores Salas Civiles de Puno y San Román, de las 69 sentencias, sólo en el 1.50% que corresponde a 1 proceso, han aplicado la norma en mención; lo que demuestra que los órganos jurisdiccionales señalados, no vienen aplicando en todas las sentencias expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho y de manera uniforme, la norma mencionada.

SEGUNDA.- Analizadas las sentencias en casación expedidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los 24 recursos de casación interpuestos en procesos de divorcio por causal de separación de hecho, 19 de ellos que representa al 79.16% fueron declarados procedentes por falta de pronunciamiento y fijación de indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado y, 13 de dichos recursos que es igual al 54.16% fueron declarados fundados por tal falta de pronunciamiento y fijación de indemnización a favor del cónyuge perjudicado. De lo que se concluye que dichos órganos jurisdiccionales, sí vienen aplicando

la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, además de manera uniforme.

TERCERA.- En lo que respecta a la aplicación de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, que concierne a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, de los 9 Jueces de Familia y Vocales Superiores Civiles de Puno y San Román encuestados, 5 de ellos que corresponde al 56%, consideran que dicha norma debe ser de aplicación obligatoria, aun cuando no se haya demandado y/o reconvenido como pretensión; concluyéndose que dichos Magistrados en su mayoría consideran que la norma en mención es de aplicación obligatoria, tal como sostiene también la doctrina nacional y ha establecido la jurisprudencia de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

CUARTA.- Sobre la naturaleza de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, referida a la indemnización por daños a favor del conyugue perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, se concluye que es una norma de naturaleza imperativa, puesto que impone la realización de un acto en la forma de una decisión que debe ser necesariamente cumplida, esto es, impone a los jueces pronunciarse y fijar la indemnización correspondiente, ya que como norma del Derecho de Familia tiene tal carácter, como lo ha establecido la doctrina nacional y la jurisprudencia de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

de la República, lo que fluye también de la encuesta realizada a los Jueces de Familia y Vocales Superiores Civiles de Puno y San Román, pues de los 9 encuestados, 5 de ellos que corresponde al 56% consideran como norma imperativa.

QUINTA.- Al emitirse pronunciamiento sobre la indemnización por daños a favor del conyugue perjudicado, en las sentencias de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, sin haberse demandado y/o reconvenido, no se afecta los principios dispositivo y congruencia procesal; pues, si bien el sujeto activo inicia el proceso y determina su objeto, sobre el que debe versar la decisión final para preservar la congruencia procesal, sin embargo este último principio se ha flexibilizado, entre otros, en el Derecho de Familia, en cuya virtud siendo la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado una consecuencia inescindible o necesaria de la pretensión principal debatida, cual es el divorcio por causal de separación de hecho, no requiere ser pretendido expresamente. Esta es también la posición mayoritaria de los Jueces de Familia y Vocales Superiores Civiles de Puno y San Román, ya que de los 9 Magistrados encuestados, 5 de ellos que corresponde al 56%, consideran así.

SEXTA.- Llegamos a la conclusión general, que los jueces deben de aplicar obligatoriamente lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, en las sentencias de los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, aun cuando no haya sido demandado y/o reconvenido

como pretensión, para no afectar el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, a la seguridad jurídica; puesto que al no ser interpretada y aplicada la norma mencionada de manera uniforme por los órganos jurisdiccionales, pese a que la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado es una consecuencia inescindible o necesaria de la pretensión principal de divorcio por causal de separación de hecho debatida en el proceso, se afecta la predictibilidad judicial, que es uno de los objetivos de la seguridad jurídica. Lo cual también se confirma con la opinión de 5 Jueces de Familia y Vocales Superiores Civiles de Puno y San Román, que representan el 56% del total de 9 encuestados; quedando también probada la hipótesis propuesta.

SUGERENCIAS

PRIMERA.- Es necesario que los Magistrados de los Juzgados Especializados de Familia o de los Juzgados Mixtos, y de las Superiores Salas de Familia o Salas Civiles, asimilen y apliquen las tendencias modernas esbozadas sobre la congruencia procesal, doctrinaria y jurisprudencialmente, especialmente en lo que respecta a la flexibilización de dicho principio cuando se tratan de pretensiones que, aunque no fueran formal y expresamente propuestas, sean consecuencia inescindible o necesaria de la pretensión principal debatida en el proceso, como es el caso de la pretensión de indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho.

SEGUNDA.- En atención a la jurisprudencia uniforme emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en las sentencias en casación recaídas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, pese a que no son vinculantes, es necesario que los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia uniformicen sus decisiones en cuanto a la aplicación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil referido a la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

TERCERA.- Considerando que los plenos jurisdiccionales, contemplado en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es uno de los mecanismos incorporados en nuestra legislación y que constituye una herramienta valiosa capaz de promover la uniformidad de los criterios jurisdiccionales y conseguir la tan anhelada predictibilidad de las resoluciones judiciales, por ende de un clima más propicio a la seguridad jurídica, que indudablemente mejorará la administración e impartición de justicia en nuestros

país, y así mejorar el nivel de confianza ciudadana del Poder Judicial; es necesario para uniformizar la aplicación de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en lo que respecta a la indemnización por daños a favor del conyugue perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, se realicen Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales o Nacional, para concordar sus decisiones a este respecto.

CUARTA.- A fin de no afectar el debido proceso, siendo uno de sus elementos el derecho de defensa, así como no incurrir en incongruencia interna en las sentencias a expedirse en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en caso de que no se haya demandado y/o reconvenido expresamente como pretensión la indemnización por daños a favor del conyugue perjudicado, los Jueces Especializados de Familia o Jueces Mixtos deben fijar como puntos controvertidos, la determinación del conyugue perjudicado, el tipo de daño o tipos de daños ocasionados y la magnitud de los mismos.

QUINTA.- Asimismo, es necesario que la Unidad Académica de la Corte Superior de Justicia de Puno y el Colegio de Abogados de Puno, implementen cursos de actualización sobre las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, no solamente en materia de Derecho de Familia, sino del Derecho en general.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max: "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984", Tomos VII, VIII y IX, tercera edición, Editora Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
2. BERNALES BALLESTEROS, Enrique: "La Constitución de 1993: Análisis comparado", primera edición, ICS editores, Lima, 1996.
3. BORDA, Guillermo A.: "Manual de Derecho de Familia", Editorial Perrot, Buenos Aires, 2000.
4. CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis: "El precedente judicial y el precedente constitucional", primera edición, ARA Editores, Lima, 2008.
5. CODIGO CIVIL COMENTADO, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
6. CORNEJO CHAVEZ, Hector: "Derecho Familiar Peruano", Tomos I y II, octava edición, Editorial Studium, Lima, 1991.
7. CORNEJO FAVA, María Teresa: "Matrimonio y Familia: Su tratamiento en el de Derecho", Editorial Tercer Milenio, Lima, 2000.
8. CORRAL TALCIANI, Hernán: "Derecho y Derechos de Familia", Editorial Grijley, primera edición, Lima, 2005.
9. DARAY, Hernán: "Daño Psicológico", tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
10. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: "La Responsabilidad Extracontractual", Biblioteca para Leer el Código Civil", Volumen IV, Tomos I y II, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988.

11. Diario Oficial El Peruano, separata especial de Sentencias en Casación, Lima.
12. DIEZ-PICAZO, Luis María: “La doctrina del precedente administrativo”, en Revista de la Administración Pública, Nro. 98, Mayo-Agosto 1982.
13. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: “Sistema de Derecho Civil”, Volúmenes I y IV, séptima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
14. ENNECERUS, KIPP y WOLF: “Tratado de Derecho Civil: Derecho de Familia”, Tomo IV Volúmenes 1 y 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1967.
15. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “Derecho de la Responsabilidad Civil”, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
16. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral” en Responsabilidad Civil, primera edición, Editorial Palestra, Lima, 2005.
17. GHERSI, Carlos Alberto: “Daño Moral y Psicológico”, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
18. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: “Derecho de Familia”, Editorial Fecal, Lima, 1997.
19. JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana: “La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho”, en *Jus-Doctrina & Práctica*, Nro. 5, Lima, 2007.
20. LEON, Laysser L.: “La Responsabilidad Civil”, primera edición, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004.
21. MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy: “Derecho de Familia” tomos I y II, Editorial San Marcos, Lima, 2001 y 2002.

22. MAZEUD, Henry, León y Jean: "Lecciones de Derecho Civil", Parte I, Volumen III, EJEA, Buenos Aires, 1959.
23. MIZRAHI, Mauricio Luís: "Familia, Matrimonio y Divorcio", primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
24. MONTOYA CALLE, Mariano Segundo: "Matrimonio y Separación de Hecho", primera edición, Editorial San Marcos, Lima, 2006.
25. MURO ROJAS, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso: "Concepto de Divorcio", en Código Civil Comentado T. II, segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
26. NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Academia de la Magistratura, primer edición, Lima, 2004.
27. OSORIO, Manuel: "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.
28. PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo: "Manual de Derecho Civil" T. II Vol. 2, segunda edición, Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.Ltda., Lima, 1987.
29. PEREDES INFANZON, Jelio: "La Predictibilidad Jurídica y el Precedente", primera edición, Editorial San Marcos, Lima, 2008.
30. PERALTA ANDIA, Jaime Rolando: "Derecho de Familia en el Código Civil", tercera edición, IDEMSA, Lima, 2002.
31. PEYRANO, Jorge: "El Proceso Civil: Principios y Fundamentos", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

32. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.: "Divorcio: Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio, cuestiones sustantivas y aspectos procesales de la Ley 27495", primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
33. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.: "Manual de Derecho de Familia", primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1991.
34. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.: "Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil", primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
35. PUIG BRUTAU, José: "Compendio de Derecho Civil", Tomos I y IV, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
36. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio: "Teoría General del Proceso", tercera edición, Editorial Themis, Bogotá, 2000.
37. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: "Diccionario de la Lengua Española" T. IX, vigésima segunda edición, Q.W. Editores SAC, Lima, 2005.
38. RENDON VASQUEZ, Jorge: "El Derecho como norma y como relación social: Teoría General del Derecho", tercera edición, Edial E.I.R.Ltda., Lima, 1996.
39. RIVERA, Julio Cesar: "Daño Moral derivado de los hechos que causaron el divorcio", en Diálogo con la Jurisprudencia, año II/número 5, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.
40. RODRIGUEZ MALABIA, Sergio: "La Congruencia como requisito de la Sentencia en la Jurisprudencia Constitucional del año de 1998", en www.uv.es/nripj/3serg.htm.
41. SUAREZ FRANCO, Roberto: "Derecho de Familia", Tomos I y II, octava edición, Editorial Themis, Bogotá, 2001.

42. TABOADA CORDOVA, Lizardo: "Elementos de la Responsabilidad Civil", Editorial Grijley, Lima, 2001.
43. TAMAYO JARAMILLO, Javier: "De la Responsabilidad Civil", Tomos I y II, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
44. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto: "La separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio", en Actualidad Jurídica T. 92, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
45. TORRES VASQUEZ, Aníbal: "Derecho Civil Parte General: Introducción al Derecho y Título Preliminar", Cultural Cuzco Editores, Lima, 1991.
46. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: "Divorcio, Filiación y Patria Potestad", Editorial Grijley, Lima, 2004.
47. ZANNONI, Eduardo: "Derecho de Familia", tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
48. ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger Enrique y otros: "Motivación de las Resoluciones Judiciales", en Razonamiento Judicial, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO
ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA EN DERECHO

ANEXO NRO. 02

**INVESTIGACION SOBRE "INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO
POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO"
FICHA DE REGISTRO**

Análisis de sentencias de vista expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho por las Salas Civiles de Puno y San Román:

NRO. DE ORDEN :

SALA CIVIL DE :

EXPEDIENTE NRO. :

1.- ¿Se ha aprobado o confirmado la sentencia de primera instancia?

a) Si

b) No

2.- ¿Se ha pronunciado sobre la indemnización por daños, en vía de integración de la sentencia de primera instancia?

a) Si

b) No

3.- Fundamentos por los que integrando la sentencia de primera instancia, se ha pronunciado sobre la indemnización por daños:

a) Interpretación de la ley.

b) Criterio jurisprudencial.

c) Apreciación fáctica.

4.- ¿Se ha desaprobado y/o declarado nula la sentencia de primera instancia por no haberse pronunciado sobre la indemnización por daños?

a) Sí

b) No

5.- Fundamentos por los que se ha desaprobado y/o declarado nula la sentencia de primera instancia por no haberse pronunciado sobre la indemnización por daños:

a)

b)

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRIA EN DERECHO

ANEXO NRO. 03

**INVESTIGACION SOBRE “INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO
POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO”
FICHA DE REGISTRO**

Análisis de sentencias en casación expedidas en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República:

NRO. DE ORDEN :

SALA CIVIL :

EXPEDIENTE NRO. :

1.- ¿Ha sido uno de los fundamentos del recurso de casación la falta de pronunciamiento sobre la indemnización por daños?

a) Si

b) No

2.- ¿Se ha estimado procedente el recurso de casación por no haberse pronunciado sobre la indemnización por daños?

a) Si

b) No

3.- Fundamentos por los que se ha declarado procedente el recurso de casación, cuando en la sentencia de vista no se ha pronunciado sobre la indemnización por daños:

a)

b)

c)

4.- ¿Se ha declarado fundado el recurso de casación, basado en la falta de pronunciamiento sobre la indemnización por daños?

a) Si

b) No

5.- Fundamentos por los que se ha declarado fundado el recurso de casación por falta de pronunciamiento sobre la indemnización por daños:

a)

b)

c)

d)

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO

ESCUELA DE POST GRADO MAESTRIA EN DERECHO

ANEXO NRO. 04

INVESTIGACION SOBRE “INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO” FICHA DE ENCUESTA

A los señores Jueces de Familia y Vocales Superiores de las Salas Civiles de Puno y San Román.

NRO. DE ORDEN :

JUEZ :

VOCAL :

1.- En aplicación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, ¿Considera Ud. que debe obligatoriamente el Juez pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, cuando no se haya demandado o reconvenido como pretensión?

a) Si

b) No

2.- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil?

a) Imperativa

b) Permisiva

3.- ¿Considera Ud. que al pronunciarse sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado cuando no ha sido pretendido, se afecta los principios, dispositivo y de congruencia procesal?

a) Si

b) No.

4.- ¿Considera Ud. que es necesario aclarar, mediante una modificación legislativa, el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, para de esa manera los jueces se pronuncien sobre la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, haya o no sido demandado o reconvenido expresamente?

a) Si

b) No

5.- ¿Considera Ud. que al no pronunciarse ni fijar una indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consiguientemente, la seguridad jurídica?

a) Si

b) No