

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EFFECTOS JURÍDICOS DE APLICAR LO PRESCRITO EN EL
ARTÍCULO 345º-A DEL CÓDIGO CIVIL, EN LOS PROCESOS DE
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO LUEGO DEL
TERCER PLENO CASATORIO CIVIL**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADA

AUTOR : Bach. Emily del Pilar Espinola Lozano

ASESORA : Dra. Nelly Felícita Lozano Ybáñez



TRUJILLO – PERÚ

2015

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LOS EFECTOS JURÍDICOS DE APLICAR LO PRESCRITO EN EL
ARTÍCULO 345º-A DEL CÓDIGO CIVIL, EN LOS PROCESOS DE
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO LUEGO DEL
TERCER PLENO CASATORIO CIVIL**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADA

AUTOR : Bach. Emily del Pilar Espinola Lozano

ASESORA : Dra. Nelly Felícita Lozano Ybáñez



TRUJILLO – PERÚ

2015

DEDICATORIA

*Dedico la presente tesis a mis
padres, a mi hermano y demás
familiares, por la comprensión y el
constante apoyo, brindados a lo largo
del proceso de mi realización
profesional.*

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento especial a ese ser supremo, que es Dios por no haber dejado que me rindiera en ningún momento y hacer posible que siempre logre alcanzar mis objetivos.

A mis queridos padres, por creer en mí, darme amor, un gran ejemplo y muchos valores. Mi agradecimiento hacia ustedes va hacer eterno. Gracias por estar siempre acompañándome y apoyándome en cada momento de mi vida.

A mi abuelita Emília por haberme enseñado que con esfuerzo, dedicación y mucho trabajo uno puede salir adelante.

A Daniel, por estar conmigo en los buenos y en los malos momentos apoyándome incondicionalmente, y porque con su amor y paciencia me da más ganas de seguir adelante.

A mis amigos de maestría por estar siempre conmigo alentándome y apoyándome.

PRESENTACIÓN

Señores integrantes del Jurado de la Facultad de Derecho y CC.PP.

De mi especial consideración:

EMILY DEL PILAR ESPINOLA LOZANO, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el honor de presentar a ustedes el trabajo de investigación titulado **“EFECTOS JURÍDICOS DE APLICAR LO PRESCRITO EN EL ARTÍCULO 345º-A DEL CÓDIGO CIVIL, EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO LUEGO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**.

En tal sentido, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación del presente trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos necesarios para su oportuna aceptación.

Agradezco de antemano la atención brindada al presente trabajo y es propicia la oportunidad para expresarles mi muestra de estima y consideración.

Trujillo, julio del 2015

Atentamente.

Bach. Emily del Pilar Espinola Lozano

RESUMEN

La presente tesis se ha denominado “Efectos jurídicos de aplicar lo prescrito en el artículo 345^o-a del código civil, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del Tercer Pleno Casatorio Civil”. Teniendo en cuenta, que el objetivo general de esta investigación es determinar los mismos.

Para cumplir dicho objetivo se ha utilizado como muestra, Sentencias Casatorias emitidas por la Corte Suprema antes y después de la emisión del Tercer Pleno Casatorio. Se ha empleado el método científico como principal y nos hemos apoyado con los métodos lógicos y específicos; así como las técnicas de la lectura, recopilación documental, fotocopiado, y escaneado.

A través de la presente investigación se logró determinar cuáles son los efectos jurídicos de aplicar lo prescrito en el artículo 345-A del Código Civil luego del Tercer Pleno Casatorio, teniendo como principales los siguientes: La aplicación del principio de socialización, el ejercicio de la función tuitiva del juez, una mayor protección al cónyuge perjudicado, la flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad, así como la flexibilización en cuanto a las pretensiones, la naturaleza jurídica de la indemnización o adjudicación preferente de bienes, la misma que puede ser declarada de oficio o a instancia de parte. Así también, se ha encontrado posiciones doctrinarias de juristas, ya sea a favor o en contra del Tercer Pleno Casatorio. Permitiéndome dar algunas recomendaciones con la esperanza de que estas sean atendidas en su oportunidad.

ABSTRAC

This thesis has been called "The legal effects of applying the requirements of Article 345 °-a civil code, in the process of divorce on grounds of separation of fact after the Third Plenum Civil casatorio". Considering that the general objective of this research is to determine the effects of the application of the provisions of Article 345 °-a civil code, in divorce proceedings on the grounds of de facto separation under the Third Plenum Civil casatorio.

To meet this objective has been used as population and sample, Casatorias statements issued by the Supreme Court before and after the issuance of the Third Plenum casatorio. It has used the scientific, logical, legal method, and techniques of observation, documentary collection, photocopying and scanning.

Through this investigation it was determined the legal effects of applying the requirements of Article 345-A of the Civil Code after the Third Plenum casatorio, with the main these are: The principle of socialization, exercise protective function of judge, greater protection to injured spouse, the relaxation of the principles of consistency, estoppel and possibility and flexibility as to the claims, the legal nature of compensation or preferential procurement of goods, the same as you can be declared ex officio or ex parte. So also, it has found doctrinal positions of lawyers, either in favor or against the Third Plenum casatorio.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	vi
PRESENTACIÓN.....	v
ABSTRAC	vii
ÍNDICE DE CUADROS.....	xii
ÍNDICE DE GRÁFICOS	xiv
Capítulo I El Problema	16
1. Realidad Problemática.	17
2. Enunciado Del Problema.....	19
3. Hipótesis de la investigación.	19
4. Objetivos	19
5. Variables:	19
6. Justificación.....	21
Capítulo II: Desarrollo Teórico de la Investigación	22
Sub Capítulo I: Marco Referencial	23
Investigaciones Previas:.....	23
Sub Capítulo II: Marco Normativo	27
1. En el ordenamiento supranacional.	27
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).	28
Título II	31
1. En El Ordenamiento Nacional.....	31
1.1 Constitución Política.....	31

1.2 En el código civil de 1984.	32
1.3 En el código procesal civil del Perú.....	43
Sub Capítulo III: Marco Histórico y Contextual	47
1. El divorcio y su evolución.	47
2. El divorcio y su evolución en el Perú.....	55
Sub Capítulo IV : Marco Teórico	60
Título I - El Matrimonio	61
1. Definiciones.	61
2. Caracteres Jurídicos.....	62
3. Naturaleza Jurídica.....	63
Título II- El Divorcio	66
1) Etimología.	66
2) Definiciones.....	66
3) Clases De Divorcio:.....	67
4) Causales de divorcio.	73
Título III: divorcio por la Causal de Separación de hecho	79
1) A manera de evolución.....	79
2) Incorporación de la Causal de Separación de Hecho en nuestro Sistema civil.	80
3) Definiciones De La Causal De La Separación De Hecho.....	81
4) Naturaleza Jurídica.	82
5) Elementos O Requisitos Configurativos De La Causal.	82
6) Diferencia con otras causales.	85
7) Efectos legales.....	87
8) Cuestiones procesales de la separación de hecho en el Código Civil Peruano.....	91

Titulo IV: Inadmisión y Adjudicación de bienes en el Divorcio por separación de hecho	99
1) La indemnización en la causal de separación de hecho.	100
2) De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.	104
Titulo V: Responsabilidad Civil	110
1) Noción de Responsabilidad.....	111
2) Clasificación.	112
3) Responsabilidad civil.....	112
4) Requisitos comunes.....	113
Título VI: Principios Constitucionales	131
1) Principio a la tutela jurisdiccional efectiva.	131
2) Principio Del Debido Proceso.....	134
Titulo VII; Los Principios en los Procesos de Familia	135
1) Principio de socialización del proceso.....	135
2) Otros Principios Importantes A Tenerse En Cuenta:.....	137
Titulo VIII: La Pretensión Procesal	144
1) Definiciones.....	144
2) Pretensión material y pretensión procesal.	145
3) Elementos de la pretensión procesal.	147
4) Clasificación de la pretensión procesal.	150
5) Acumulación de pretensiones.	153
6) Acumulación de Procesos.....	156
7) Acumulación de Acciones	156
Capítulo III: Metodología de la Investigación	162
1. Tipo De Investigación:.....	163
2. Operacionalización de variables:.....	164

3. Población y Muestra	166
4. Métodos de la investigación.	167
5. Técnicas e instrumentos.....	172
6. Procedimiento de recolección de la información.	174
7. Diseño de procesamiento de la información.....	175
8. Diseño de presentación y análisis de datos	176
Capítulo IV: Resultados y Discusión.....	178
Sub Capítulo I: De las Estadísticas	179
1) Divorcios inscritos en el año 2011.....	179
2) Divorcios Inscritos En El Año 2012.	186
Sub Capítulo II: Posición de la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio.....	192
1) rol del estado como ente democrático y social de derecho en los procesos de familia.	192
2) posición de la corte suprema en el tercer pleno casatorio.	192
3) desigualdades en los procesos de divorcio.....	194
4) la función tuitiva del juez en los procesos de familia.....	195
5) la flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia.....	195
6) naturaleza jurídica de la indemnización en la separación de hecho.	196
7) los alcances del artículo 345-a del código civil.....	197
8) La flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia.....	196
Sub Capítulo III: De las Casaciones de la Sala Civil Transitoria	199
1) De las casaciones antes del tercer pleno casatorio:	199
2) de las casaciones después del tercer pleno casatorio:	211

Sub Capítulo IV: Posiciones de Juristas nacionales	219
1) Posición asumida por Juan Espinoza Espinoza:.....	219
2) Posición asumida por la jurista Patricia Janet Beltrán Pacheco: ...	220
3) Posición asumida por la jurista Clara Celinda Mosquera Vásquez:	222
4) Posición asumida por el jurista Martín Alejandro Hurtado Reyes: ..	222
5) Posición asumida por la jurista Karina Ayvar Chiú:.....	223
6) Posición asumida por el jurista Jaime David Abanto Torres:.....	224
7) Posición asumida por el jurista Erick Veramendi Flores:.....	225
8) Posición asumida por el jurista Rómulo Morales Hervías:.....	227
Sub Capítulo V: Efectos jurídicos de la aplic. art. 345	228
CONCLUSIONES	244
RECOMENDACIONES.....	247
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	249
ANEXO	254

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO N° 01: Operacionalización de variables.....	164
CUADRO N° 02: Población y Muestra.....	166
CUADRO N° 03: Perú Divorcios Según territorio 2011	179
CUADRO N° 04: Perú Divorcios según Departamento 2011	180
CUADRO N° 05: Divorcios inscritos según región natural 2011	181
CUADRO N°06; Región Costa Divorcios inscritos 2011	182
CUADRO N°07; Región Sierra Divorcios inscritos 2011	183
CUADRO N°08: Región Selva: Divorcios inscritos 2011.....	184
CUADRO N°09: Divorcios de peruanos y peruanas tramitadas en el extranjero 201	185
CUADRO N°10 Divorcios inscritos según departamento de inscripción del matrimonio 2012.....	186
CUADRO N°11: Perú:: divorcios inscritos según region natural 2012 ...	188
CUADRO N°12: Periodo_de Emisión de Sentencia	199
CUADRO N° 13: Genero Del Demandante.....	200
CUADRO N° 14: Naturaleza Del Fallo De Primera Instancia.....	201
CUADRO N° 15: Naturaleza Del Fallo De Segunda Instancia	203
CUADRO N°16 Causales En El Recurso De Casación	205
CUADRO N° 17: Considerandos de la Casación.....	207
CUADRO N° 18: Parte Resolutiva de la Casación.....	209
CUADRO N° 19: Periodo de Emisión de Sentencia.....	211
CUADRO N° 20: Del Demandante.....	212
CUADRO N° 21: Primera Instancia: Resolución	214
CUADRO N° 22: Parte Resolutiva	215
CUADRO N° 23: Razones que justifican la naturaleza	220
CUADRO N° 24.....	221

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 01: Departamentos con mayor número de Divorcios inscritos 2011	181
Gráfico N° 02: Divorcios inscritos según región natural 2011	182
Gráfico N°03: Provincia de Lima: Distritos con mayor número de divorcios inscritos 2012	187
Gráfico N°04: Provincia Constitucional del Callao- Divorcios inscritos 2012	188
Gráfico N°05: Perú Divorcios inscritos según region natural 2012.....	189
Gráfico N°06 Región Costa: divorcios inscritos 2012.....	189
Gráfico N°07: región Sierra; Divorcios inscritos 2012	190
Gráfico N°08: región Selva: Divorcios inscritos 2012	191
GRÁFICO N°09: Periodo de Emisión de Sentencia	200
GRÁFICO N° 10: Género del Demandante.....	201
GRÁFICO N° 11: Primera instancia: Resolución	202
GRAFICO N° 12: Naturaleza de fallo Segunda Instancia	204
GRÁFICO N° 13: Causales Del Recurso De Casación.....	206
GRÁFICO N° 14: Considerandos de la Casación	208
GRÁFICO N° 15: Parte Resolutiva de la Casación	210
GRÁFICO N° 16: Periodo de Emisión de Sentencia	212
GRÁFICO N° 17:_Demandantes y Demandado	214
GRÁFICO N° 18: Primera instancia: Resolución	221
GRÁFICO N°19: Fundamento del Recurso.....	222

CAPÍTULO I
EL
PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En nuestro país, hace más de una década se encuentra vigente la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio, a través de la Ley N° 27495, publicada el siete de julio del dos mil uno, en el artículo 333° del Código Civil; asimismo, dicha ley también incorporó el artículo 345-A al mismo cuerpo normativo para regular la indemnización en caso de perjuicio en la separación de hecho.

La imprecisión de su regulación ha dado lugar a que un número importante de juristas identifiquen sus principales falencias, como también a diversos y contradictorios fallos judiciales sobre supuestos similares, particularmente en lo atinente a la segunda parte del artículo 345°-A, referida a la indemnización del cónyuge perjudicado, lo que determinó la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil.

Al respecto el numeral 63 del Tercer Pleno Casatorio distingue los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho, producida lógicamente antes de la demanda y los perjuicios se produzcan desde la nueva situación con el divorcio mismo. En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la otra persona y a su economía, convirtiéndolo en el consorte más perjudicado. En consecuencia, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros factores.

En el mismo numeral citado, se acota que con el divorcio, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguro o de rentas que tenga como requisito la vigencia del matrimonio, también se determina que el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con el otro y el cotejo de la nueva situación con la anterior en el matrimonio.

En el numeral 66 se acota:” Los artículos 345^o-A y 351^o del Código Civil autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y daño moral”. De esta expresión se colige que está ante dos clases de reparaciones, pero el citado y siguientes numerales centran la argumentación en la relación que existe entre estos dos conceptos, acudiendo a diversas posiciones doctrinarias, como también a las contenidas en el mismo Código Civil, el que no guarda uniformidad respecto a la comprensión del daño moral frente al daño a la persona.

Es en el cuarto párrafo del numeral 71 que se determina: “Es importante puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral”, esto explica por qué aun, a pesar de las reglas conclusivas del Tercer Pleno Casatorio Civil, se mantienen las discrepancias entre los juristas en cuanto a la naturaleza jurídica de la Indemnización o la adjudicación preferente; porque se pretende comprender dentro de la misma indemnización, los daños originados por el hecho de la separación y, por otro, la desventaja que acontecerá en uno de los cónyuges (el más perjudicado) la ruptura del vínculo, postura que desnaturaliza la esencia del divorcio remedio.

Si bien la mayoría de posiciones hacen un balance positivo del tercer pleno casatorio civil, al concluir que las cinco primeras reglas citadas como precedente vinculante, constituyen un gran aporte jurídico de nuestros jueces supremos, que servirán de guía a todos los magistrados de la república y operadores del sistema de administración de justicia con la finalidad de mejorar e internalizar el carácter tuitivo del derecho de familia al abandonar el excesivo rigor formal propio de la aplicación del derecho civil patrimonial, sin embargo, la última regla que intenta definir la naturaleza de la indemnización creemos que deja muchas dudas y puede crear confusiones por lo que, es necesario y se justifica realizar un trabajo de investigación para determinar los efectos de su aplicación en el Sistema civil peruano. En consecuencia, nos planteamos el siguiente problema.

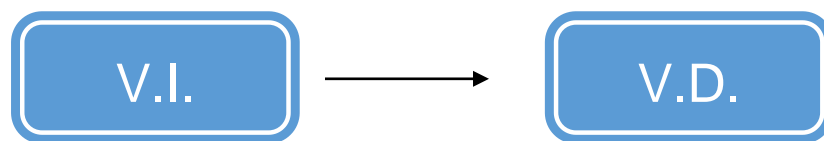
2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿CUÁLES SON LOS EFECTOS JURÍDICOS DE APLICAR LO PRESCRITO EN EL ARTÍCULO 345º-A DEL CÓDIGO CIVIL, EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO LUEGO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL?

3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

“En la medida que la presente investigación es explicativa y la naturaleza del problema es de determinar los efectos, consideramos de que estamos ante una hipótesis implícita, la misma que será explicitada al final de la investigación”

4. VARIABLES:



VI:

- Aplicación del artículo 345-A del código civil.

VD:

- Efectos luego del Tercer Pleno Casatorio Civil.

5. OBJETIVOS

5.1. GENERAL.

- Determinar los efectos de la aplicación de lo prescrito en el artículo 345º-a del código civil, en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho a tenor del Tercer Pleno Casatorio Civil.

5.2. ESPECÍFICOS

- a. Determinar la naturaleza jurídica de la indemnización en el Divorcio por la causal de separación de hecho a la luz de lo prescrito en el artículo 345^o-A del Código Civil.
- b. Analizar los principios del proceso de familia.
- c. Describir y analizar la función tuitiva de los jueces en los procesos de familia vinculado al proceso de Divorcio por Separación de Hecho.
- d. Presentar, analizar e interpretar los datos estadísticos respecto a los procesos Divorcio a través del Instituto Nacional de Estadística.
- e. Hacer un estudio comparativo de las sentencias emitidas por la Corte Suprema en lo referido a los procesos de divorcio por la Causal de separación de hecho, antes y después del Tercer Pleno Casatorio.
- f. Dar a conocer las posiciones doctrinarias tanto a favor y en contra respecto al Tercer Pleno Casatorio Civil de los especialistas en el tema.
- g. Determinar el rol del estado democrático y social de derecho en los procesos de familia.
- h. Analizar cómo lo resuelto por la Corte Suprema determina en todos los niveles vinculados a la familia una mayor protección tanto legal como económica y social.

6. JUSTIFICACIÓN

6.1. CONVENIENCIA.

El estudio del problema de la presente investigación es conveniente pues nos ha permitido conocer con mejor amplitud los efectos de la aplicación de lo prescrito en el artículo 345º-a del código civil luego de emisión del Tercer Pleno Casatorio civil, la misma que hemos tratado de realizarla principalmente en el Distrito Judicial de la Libertad.

6.2. IMPLICANCIA PRÁCTICA.

Es importante conocer si lo prescrito del artículo 345º-A del Código Civil, en concordancia con el tercer pleno casatorio están permitiendo la socialización de los procesos de familia y la eficacia en el ejercicio de la función tuitiva del juez, en todos los procesos de familia vinculados a los principios de divorcio por la causal de separación de hecho.

6.3. IMPLICANCIA TEÓRICA.

Se justifica la presente investigación desde el punto de vista teórico, porque al analizar la Separación de Hecho como causal de Divorcio desde una nueva óptica y alcances de los jueces supremos, permiten nuevos conocimientos y una mayor amplitud y flexibilización en cuanto a los procesos de familia.

6.4. IMPLICANCIA METODOLÓGICA.

Para la realización de esta investigación he trabajado con datos estadísticos del Instituto Nacional de estadística e informática y con casos concretos plasmados en sentencias de la Corte Suprema, que nos ha permitido elaborar los cuadros estadísticos correspondientes para contrastar los mismos con diversas posiciones de gente especializada en temas de Divorcio por causal de separación de hecho.

CAPÍTULO II

DESARROLLO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

MARCO REFERENCIAL

INVESTIGACIONES PREVIAS:

1. **Alvarez Olazábal, Elvira María (2006)**, presentó la investigación titulada **“Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o Solución?**, para optar el grado académico de magister en la **“Universidad Nacional Mayor de San Marcos”**, en la que **concluye:**
 - La regulación de la causal de separación de hecho permite una solución legal dentro de nuestro sistema, a los casos de cónyuges alejados de manera definitiva, faltando al deber de cohabitación, precisamente porque habían encontrado otra pareja con la cual realizar su meta como integrante de una familia, lo cual ocasionaba un desorden social.
 - El establecimiento de las dos nuevas causales, no afecta la estabilidad de la institución matrimonial o de la familia de por sí, porque los problemas se generan al interior de la relación, no porque la legislación pueda considerarse permisiva, o porque se facilite una vía de escape para los matrimonios frustrados.
 - No se vulnera el principio de protección constitucionalmente consagrado de protección a la familia como tampoco el de promoción al matrimonio, pues se ha legislado en función a la permisividad que la propia norma constitucional prevé, para la regulación legal de las causas del divorcio.
 - En cuanto al plazo establecido para la separación de hecho, ello debió generar una discusión más profunda, pues si bien se dictó en

armonía con las disposiciones legales sustantivas ya vigentes, ergo concordancia con los plazos previstos para la separación convencional y de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, pensamos que pudo señalarse uno menor para las parejas que no tuvieran hijos.

2. **Jaqueline Rosario Armas Meza** (2010), presentó la investigación titulada **“LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DE LA SEPARACION DE HECHO EN EL DERECHO PERUANO”** en el programa de doctorado, sección de postgrado, de la UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES obteniendo el grado de doctor, en la que concluye:

- La indemnización comentada, a pesar de lo que piensa una parte de la doctrina nacional, no es un tipo de responsabilidad civil, sino tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata específicamente de una obligación legal indemnizatoria impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, la “inestabilidad” o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho y así evitar el empeoramiento del cónyuge más perjudicado.
- El perjuicio económico de uno de los cónyuges no se traduce propiamente en un daño derivado de la responsabilidad civil, sino en una inestabilidad económica entre los dos cónyuges que impide que ambos rehagan su vida separada en un plano de igualdad.
- Que la tendencia peruana en los últimos años en torno al tema del daño al proyecto de vida matrimonial y su respectiva reparación se sustenta en una correcta aplicación y comprensión del caso por parte del Juez.
- Que luego de ver los criterios aplicables a los casos en los cuales se busca aplicar indemnización los criterios mayoritarios coinciden con

los conceptos manejados por Fernández Sessarego lo cual trae uniformidad en la aplicación de los mismos, más esto produce un efecto negativo ya que limitaría el ámbito de aplicación de los criterios doctrinales más amplios que hagan que el derecho crezca en riqueza y aplicación.

- La aplicación de la figura indemnizatoria en materia de divorcio por causal es una de las dificultades más latentes en la medida en que nuestro legislador ha regulado la figura del daño moral y daño a la persona sin manejar el verdadero alcance y naturaleza de dichas concepciones.

3. García Briceño, Dante Eduardo (2014), presentó la investigación titulada “REFLEXIONES SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO, A LA LUZ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”, para optar el Título de Abogado en “Universidad de Piura”, en la que concluye:

- Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización estudiada, en España la pensión compensatoria tiene naturaleza indemnizatoria, por el contrario en Argentina, tiene naturaleza exclusivamente alimenticia. En el derecho francés tiene naturaleza indemnizatoria y en el derecho italiano tiene una naturaleza jurídica mixta por tener elementos asistenciales, resarcitorios y compensatorios.
- En el Perú la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene naturaleza de responsabilidad civil familiar de tipo contractual, por ser un daño ocasionado en el interior de la familia, lo que se denomina daños endofamiliares.

- La indemnización o adjudicación proveniente de la sociedad de gananciales puede obtenerse cuando la misma se solicita expresamente en el petitorio, o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi.
- En el Tercer Pleno Casatorio la acumulación de pretensiones es una acumulación objetiva accesoria implícita, tácita o legal, de conformidad con el último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.
- No existe identidad entre el daño al proyecto de vida y el daño al proyecto de vida matrimonial. El primero afecta la libertad y potencialidades del ser humano con carácter individual y tiene su origen en un daño psicosomático; mientras que el segundo es un daño ocasionado entre los cónyuges y tiene su origen en la separación de hecho.
- El daño moral y el daño a la persona son categorías independientes entre sí. En consecuencia, una cosa es la persona y su proyecto de vida y otra cosa son sus sentimientos y aflicciones.

SUB CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO

2.1 EN EL ORDENAMIENTO SUPRANACIONAL.

Dada la importancia de la familia, como núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, es que al igual que con la persona humana en sentido individual, se le ha protegido al nivel de derecho humano en diversos documentos internacionales:

2.1.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 16° expresa:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarían de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.¹

En este caso, se rescata el hecho considerar la idea del matrimonio libre entre varón y mujer como antecedente a la formación de una familia: hechos que son considerados como derechos, obviamente por la importancia no sólo para la persona, sino como beneficio para la sociedad.

Asimismo, en su artículo 25^o, prescribe:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y

¹ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2011 [ubicado el 01.VIII 2011]. Obtenido en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

El cual prescribe en su artículo 23^o, donde se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, rescatando su necesidad de configurarse como sujeto de protección por parte de la sociedad y del Estado, se reconoce (también) el derecho del hombre y de la mujer a contraer libremente matrimonio y fundar una familia sin tener edad para ellos y por último se crea la obligación a la Estados de garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo y de proteger a los hijos, en caso de disolución del mismo.²

Asimismo, se debe mencionar dos pactos internacionales de los que el Perú es parte y sus normas sobre Familia y Matrimonio son vinculantes en el territorio peruano:

² Véase: OFICINA DE ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2007. Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

2.2.1 La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos.

Artículo 17. Protección a la Familia.

- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
- Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
- El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
- Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptará disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

2.2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.³

³ Véase: OFICINA DE ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2007. Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

En el cual se describe a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y se le asigna el nivel más alto de protección y asistencia posibles, desde su constitución (matrimonio libre y garantizado por el Estado) y en el cuidado y educación de los hijos.

Prescribe en el artículo 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

- Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
- Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
- Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

TÍTULO II

1. EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA⁴

Nuestra Carta Magna, documento en el cual se establecen los preceptos en máximo nivel que rige la legislación peruana, en el artículo 2 inciso 1 **de la Constitución Política del Perú de 1993** recoge el libre desarrollo de la personalidad:

“Toda persona tiene derecho a: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.”

Dotando de contenido a este inciso al que hago referencia, el Tribunal Constitucional Peruano ha dicho con respecto al tema que: “Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el ius connubi. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantiza y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independientemente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio.”⁵

Asimismo, en su CAPÍTULO II referido a **LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS** - Protección a la familia, prescribe lo siguiente:

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece en su segundo párrafo: “Promoción del matrimonio:

⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ de 1993**, texto transcrito de la fuente (www.tc.gob.pe)

⁵ Expediente N° 2868-2004-AA/TC, fundamento 14 En: www.tc.gob.pe

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

Al hacer la Constitución peruana referencia a las “causas” de divorcio, prima facie, le impone al legislador ordinario la obligación de establecer causas y por tanto descartar cualquier regulación del divorcio incausado.

1.2. EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.

En nuestra legislación el divorcio se encuentra regulado por nuestro Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295, vigente desde el catorce de noviembre de 1984, específicamente en el Capítulo Segundo (Divorcio), Título IV (Decaimiento y disolución del vínculo), Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia) y los siguientes artículos que a continuación procederé a transcribir:

"Artículo 248.- Diligencias para matrimonio civil

Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el Artículo 241, inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del

cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.

Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos." ⁶

En el capítulo quinto, referido a la Invalidez del Matrimonio:

“Artículo 318.- Fin de la sociedad de gananciales

Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

- 1.- Por invalidación del matrimonio.
- 2.- Por separación de cuerpos.
- 3.- Por divorcio.”

“Artículo 319.- Fin de la Sociedad

Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

⁶ Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 27118, publicada el veintitrés de mayo de 1999.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.”

“Artículo 324.- Pérdida de gananciales

En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.”⁷

En el capítulo primero referido a la Separación de Cuerpos, contenido en el TITULO IV sobre Decaimiento y Disolución del Vínculo, prescribe:

Artículo 332.- Efecto de la separación de cuerpos

La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

"Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

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

⁷ Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27495, publicada el siete de julio del 2001. 2001, denominada “Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y posterior divorcio”

- 6) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 7) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
- 8) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
- 9) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- 10) La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
- 12) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
- 13) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio."⁸

“Artículo 334.- Titulares de la acción de separación de cuerpos

La acción de separación corresponde a los cónyuges.

Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se

⁸ CONCORDANCIAS: Ley Nº 29227 (Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías).

funda en causal específica. A falta de ellos el curador especial representa al incapaz.”

“Artículo 335.- Prohibición de alegar hecho propio

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.”

“Artículo 336.- Improcedencia de separación de cuerpos por adulterio

No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.”

“Artículo 337.- Apreciación judicial de sevicia, injuria y conducta deshonrosa

La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.”⁹

“Artículo 338.- Improcedencia de la acción por delito conocido

No puede invocar la causal a que se refiere el inciso 10 del artículo 333, quien conoció el delito antes de casarse.”

“Artículo 339.- Caducidad de la acción

La acción basada en el artículo 333, inciso 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo

⁹ “De conformidad a la Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra este artículo (Exp. 018-96-I/TC), la referencia a la apreciación por el Juez de la sevicia y la conducta deshonrosa, atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges ha quedado derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial sólo en relación a la injuria grave.”

caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.”

“Artículo 340.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos

Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.”

“Artículo 341.- Providencia judiciales en beneficio de los hijos

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

“Artículo 342.- Determinación de la pensión alimenticia

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

“Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional

En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340 último párrafo y 341.”¹⁰

"Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio

Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.”¹¹

En el CAPÍTULO SEGUNDO referido al DIVORCIO, contenido en el TÍTULO IV sobre Decaimiento y Disolución del Vínculo, prescribe:

¹⁰ Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001

¹¹ Artículo incorporado por el Artículo 4 de la Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001.

“Artículo 348.- Noción

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.”

"Artículo 349.- Causales de divorcio

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.”¹²

“Artículo 350.- Efectos del divorcio respecto de los cónyuges

Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.¹³”

¹² Artículo modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001.

¹³ CONCORDANCIAS: Ley N° 28970 (Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos) R.A. N° 136-2007-CE-PJ (Crean el Registro de Deudores Alimentarios Morosos -REDAM y aprueban Directiva).

“Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente

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

"Artículo 354.- Plazo de conversión"

Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.”¹⁴

“Artículo 355.- Reglas aplicadas al divorcio

Son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334 a 342, en cuanto sean pertinentes.”

“Artículo 356.- Corte del proceso por reconciliación

Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian.

Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346.

¹⁴ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria de la Ley N° 29227 publicada el 16 de mayo del 2008, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008- JUS.

Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.”

“Artículo 357.- Variación de la demanda de divorcio

El demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación.”

“Artículo 358.- Facultad del juez de variar el petitorio

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.”

"Artículo 359.-Consulta de la sentencia

Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.”¹⁵

“Artículo 360.- Continuidad de los deberes religiosos

Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.”

“Artículo 420.- Ejercicio unilateral de la patria potestad

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.”

“Artículo 805.- Caducidad de testamento

¹⁵ Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28384, publicada el trece de noviembre del 2004.

El testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero:

- 1) Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos.
- 2) Si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o el divorcio.”

“Artículo 1969.- 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.”

“Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.”

“Artículo 1985.- 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.”

“Artículo 1986.- Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

En el LIBRO IX, referente a Registros públicos, que contiene el Título IV, prescribe:

"Artículo 2030.- Registro Personal

Se inscriben en este registro:

- Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.

- El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación.”

“Artículo 2081.- Divorcio y separación de cuerpos

El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal.”

“Artículo 2082.- Causas y efectos del divorcio y separación de cuerpos

Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.”

1.3. EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ.

El Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo Nº 768, vigente desde el veintiocho de julio del año 1993, establece en el capítulo pertinente las reglas procesales a las que deben sujetarse los procesos de divorcio, los cuales procederé transcribir.

“Artículo 24.- Competencia facultativa.

Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:

1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos,

expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos;

2. El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad.”

Asimismo en el **Capítulo II, Subcapítulo 1**, en relación a la **separación de cuerpos o divorcio por causal**.

“Artículo 480.- Tramitación.

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del Artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte.”¹⁶

Artículo 481.- Intervención del Ministerio Público.

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen.

Artículo 482.- Variación de la pretensión.

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.

Artículo 483.- Acumulación originaria de pretensiones.

Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y

¹⁶ Artículo modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001.

las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

En el TÍTULO III del mismo cuerpo normativo, referente al PROCESO SUMARISIMO:

“Artículo 546.- Procedencia

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior...”¹⁷

"Artículo 573.- Aplicación supletoria

La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con el inciso 13 del Artículo 333 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.”¹⁸

“Artículo 580.- Divorcio

En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional. El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte; y el alcalde o el notario que conoció

¹⁷ Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29057, publicada el 29 junio 2007.

¹⁸ Artículo modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 27495, publicada el siete de julio del 2001.

del proceso de separación convencional, resolverá el pedido en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad.”¹⁹

“Artículo 677.- Ejecución anticipada y cese inmediato de los actos lesivos en asuntos de familia e interés de menores.

Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.”

“Artículo 680.- Administración de los bienes conyugales en casos de separación o divorcio.-

En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad cónyuge.”

¹⁹ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria de la Ley N° 29227 publicada el 16 de mayo del 2008, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008- JUS.

SUB CAPÍTULO III

MARCO HISTÓRICO Y CONTEXTUAL

I. EL DIVORCIO Y SU EVOLUCIÓN.

El origen del divorcio se remonta a los más lejanos tiempos. Su forma primitiva fue el *repudio* concedido generalmente a favor del marido y para aquellos casos en que la mujer se embriagara, castigara a los animales domésticos, no tuviera hijos o tuviera solamente mujeres. Así aparece en el Derecho *antiguo* y las legislaciones de China, Persia e inclusive Roma, donde Cicerón cuenta el caso del patricio Carvillio Ruga, que repudió a su esposa por el sólo hecho de no haberle dado hijos.

- **En la india antigua**, la sociedad se dividía en castas, siendo permitida la poligamia, pudiendo el hombre casarse con una mujer de su casta y con otra de cada casta inferior. La mujer veía en su marido la personificación de la divinidad. Existiendo el divorcio y el repudio por ambos cónyuges. El marido podía repudiar a la mujer cuando era estéril, cuando sus hijos se morían o cuando procreaban únicamente hijas, por embriaguez, malas costumbres, enfermedad incurable, etc.
- **En la Mesopotamia**, los sumerios consideraban al matrimonio como un contrato afirmado por la invocación de la divinidad a fin de que proteja su estabilidad. Sus leyes establecían que “si una mujer repudiaba a su marido, se le debe arrojar al río.” Si un marido dice a su mujer “tú no eres mi esposa” le debe pagar media mina de oro. Entre los Caldeo - Asirios el Código de Hamurabi tenía la tendencia de restringir el divorcio.
- **En la tradición hebrea**, en el Génesis se proclama la indisolubilidad matrimonial que es quebrantada por los hebreos, a través del repudio. La repudiación es un acto unilateral de la voluntad de los cónyuges, es una expresión típica de la voluntad soberana del marido.

El primer caso de repudiación en la historia hebrea, se cita en el Génesis:” Entonces Abraham se levantó muy temprano, tomó una bolsa de cuero llena de agua y se la dio a Agar. Le puso su hijo al hombro y la despidió. Ella salió y anduvo errante por el destierro de Bersebá”. En este pasaje bíblico se halla un reconocimiento del divorcio (repudio) que, en Israel, sólo podía formalmente ejecutar el marido (no la mujer) entregando carta de repudio a la esposa quien, vuelta a su casa se podía desposar nuevamente.

Posteriormente el Deuteronomio o libro de las leyes de Moisés tiene un precepto sobre el repudio, que constituye un reconocimiento de las costumbres existentes en todos los pueblos vecinos de Israel y asimismo entre todos los israelitas.

- **En el Deuteronomio**, se exige para que pueda darse el repudio, que el marido advierta en su mujer algo desagradable, lo cual suscitó interpretaciones más o menos rígidas en las diversas escuelas de la exégesis. La escuela del rabino Shammai permitía al marido divorciarse sólo ante graves inconductas de la esposa, como el adulterio. Mientras tanto otra escuela, la del rabino Hillel, autorizaba el divorcio o repudio, ante cualquier defecto moral o físico, y la escuela del rabino Aquiba extendió la interpretación del pasaje autorizando el repudio si se alegaba cualquier causa desagradable a juicio del marido como, por ejemplo, “si al marido le pareciese que su mujer era más fea o menos atractiva que otra”.

A medida que evolucionaban las costumbres sociales, se fue dificultando la potestad del marido para deshacer el matrimonio. Como primer efecto de la repudiación el marido pierde en forma definitiva la suma que había donado al padre de la esposa a título de compra; si la repudiación se producía por falta de virginidad el marido tenía derecho a obtener una restitución del precio de compra o de no pagarlo si no lo había hecho aún. (HERRERA NAVARRO). El verdadero creador del divorcio es el libro del Talmud.

Entre las diversas causales existentes en éste estaban: la esterilidad (si después de 10 años de casados no habían tenido hijos), el adulterio de la mujer; por su parte la mujer podía obtener el divorcio por maltrato del marido, por ser el marido pródigo o perezoso, porque incumplía deberes conyugales o, la vida a su lado era insoportable.

- **En la Grecia clásica**, si existía el divorcio, que era dispuesto por el marido invocando diversos motivos, siendo más difícil la solicitud de la mujer. También existía el obtenido por mutuo disenso. El divorcio por parte del marido se hacía por medio de la devolución o abandono de la mujer. Si el divorcio era realizado sin razón entonces podía reclamar la cónyuge que le restituya la dote.
- **En el Derecho roma**, se admite el divorcio, tanto para el matrimonio de patricios (ceremonia religiosa llama *confarreatio*) como para los plebeyos (convención civil denominada *coemptio*). En el primer caso, a través de una ceremonia denominada *disfarreatio*, en la que el divorcio consistía en un acto formal que se efectuaba ante la estatua de júpiter y en presencia de doce sacerdotes en la que se departía un pastel de harina hecha con hiel, la que se cortaba y arrojaba al río Tíber, y que con posteridad fuera imitado por plebeyos. Además las causales más conocidas fueron la infertilidad, el uso de venenos y la sustracción de las llaves de las bodegas de vino; los litigios con la nuera y la impudicia; el envenenamiento y la alcahuetería; el repudio por homicida, por envenenador o violador de sepulcros. Las novelas aceptaron como causales de impotencia del varón, el ingreso a la vida monástica, el cautiverio, la expedición militar al presumirse la muerte, la profanación de tumbas, el encubrimiento de ladrones, el levantamiento de las audaces manos contra el marido, el adulterio, el bañarse o comer con un extraño, entre otras. Asimismo el matrimonio debía presentar dos elementos: la intención marital (*affectio maritalis*) y la cohabitación. Uno subjetivo y el otro material. (RAMOS NUÑEZ)

El rey Rómulo mediante la ley dura reglamentó el divorcio concediendo la prerrogativa del repudio al marido. Entre las causales estarían la infertilidad, el adulterio, el uso de venenos y la sustracción de las llaves de las bodegas de vino.

- ***Durante la época clásica***, se recurrió al divorcio por los más fútiles pretextos (la deshonestidad, la esterilidad, los litigios de la nuera, la impudicia) o sin motivos (lo que en muchos casos se realizaba para apropiarse de la dote por el afán de lucro).

Con Augusto (Lex iuli de adulteris) se estableció que el repudio debía de realizarse con la participación de un liberto ante siete testigos, tratando de esta manera de formalizar y limitar esta situación.

Según Ramos, con el emperador Constantino (bajo influencia cristiana además del divorcio por mutuo consentimiento, se instauraron causales específicas para el divorcio unilateral (para el hombre, adulterio, envenenamiento; o alcahuetería; y homicidio, envenenamiento y violación de sepulcros como alegación de la mujer) cuya transgresión no originaba invalidez del divorcio sino solamente su ilicitud. La mujer perdía todos sus bienes en favor del marido y era deportada; el marido perdía la dote y estaba impedido de contraer nupcias, bajo pena corporal en caso de incumplimiento, estando su mujer facultada a ingresar a la casa del marido y apoderarse de la dote que aportara la nueva esposa.

Con Justiniano se acentuó la tendencia reglamentaria y restrictiva. Así en el Codex se establece: “La consideración a los hijos manda que deba ser más difícil la disolución del matrimonio”.

La desaparición del affectio maritalis tiene como consecuencia el relajamiento de la relación conyugal. Así para proceder a la extinción de dicho matrimonio es necesario noticiar al otro cónyuge que la “affectio maritalis” ha desaparecido. Esta comunicación tiene dos niveles: uno subjetivo y otro material. El primero es el repudio y el segundo es la forma externa de notificar el repudio llamada libelo.

Manifestando “tuas res tibe habeto” y el “tuas res tibi agito” (ten lo tuyo para ti y arréglate tus cosas).

Los germanos, antes de su primer contacto con el cristianismo, practicaron con gran libertad el divorcio por mutuo convenio, según se deduce de los libella repudii en los siglos VII y VIII, que funcionó generalmente por iniciativa del marido, pero jamás a petición de la mujer, en razón de que por costumbre se exigía fidelidad con la mayor severidad a ésta que al varón.

- **En la edad media**, es el escenario de una lucha entre la institución tradicional romana germánica que defendía el divorcio vincular y que regía en los pueblos europeos y las tesis antidivorcionistas que propugnaba la Iglesia Católica Apostólica Romana.

Los romanos habían admitido el divortium o repudium ante la ausencia del affectio maritalis, que se realizaba sin formalidad aun cuando era costumbre hacerlo por escrito (per litteras) o manifestado por uno de los esposos al otro por intermedio del nutntium. Frente a la excesiva liberalidad que venía adquiriendo en la población se iniciaría una reacción por parte del cristianismo.

Después de una lucha que duró unos quinientos años se impuso la indisolubilidad del matrimonio (siglos XII y XIII), cuya supremacía se estableció al reconocerse los efectos civiles del matrimonio religioso, lográndose suprimir el divorcio en las legislaciones de los pueblos católicos siendo sustituido por la separación de cuerpos.

- **En el Derecho medieval**, particularmente en el Derecho canónico, sobre la base del evangelio de San Marcos: “ no desate el hombre lo que Dios ha unido” se precisó y determinó el carácter sacramental e indisoluble del vínculo matrimonial, lo que ha sido recogido en los concilios de Letrán (1215) y de Trento (1562), donde por excepción se permite la separación de cuerpos, pero sólo para los casos de

matrimonios desafortunados. Así, la lucha de la Iglesia contra el divorcio duró algo más que quinientos años y pese a las explicables resistencias que opusieron, terminó con la imposición del punto de vista favorable a las ideas divorcistas.

- **En el derecho canónico**, la contradicción que ruge de los textos evangélicos de San Mateo por un lado, y de San Marcos y San Lucas por otro, adicionando a la carta de San Pablo, suscita una controversia de la iglesia católica con respecto al divorcio y a la causal de adulterio. Así las Iglesias de Oriente permitieron el divorcio y las segundas nupcias, mientras que la Iglesia de Occidente, desde principios del segundo milenio lo prohibió; lo cual se constituiría en uno de los temas centras que se trasuntaría en el cisma de la Iglesia Occidental (Reforma Protestante y Martín Lutero).

Ante el avance del protestantismo con Lutero y Calvino a la cabeza se convoca el concilio de Trento que tuvo como objeto definir aspectos fundamentales de la fe, siendo uno de ellos el problema de la indisolubilidad del matrimonio. El canon 7 de dicho concilio estableció: “ Si alguien dijere que la iglesia yerra cuando opina o enseña, de acuerdo con la doctrina evangélica y apostólica, que el vínculo del matrimonio no puede ser disuelto por adulterio del otro cónyuge, y que ninguno de los dos, ni siquiera el inocente, que no fue la causa del adulterio, puede contraer matrimonio en vida del otro cónyuge, y que quien tomase a otra mujer después de despedir a la adúltera y la que desposase a otro después de haber abandonado al adúltero comete adulterio; sea anatema”. Con lo que la iglesia se afirmaba en la indisolubilidad del matrimonio.

Posteriormente se realizaría la codificación del Derecho Canónico (promulgada por Benedicto XV en 1917 y en vigor desde el 19 de mayo de 1918) y en 1983 se dictaría el Codex.

Para la Iglesia Católica se llama matrimonio válido (rato) al realizado entre personas bautizadas. Cuando el matrimonio válido rato es

consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa, fuera de la muerte. Por ello los cónyuges no pueden ni por mutuo acuerdo, ni por decisión unilateral disolverlo. No existiendo autoridad humana que pueda disolverlo. El matrimonio puede ser disuelto por autoridad de la Iglesia aún si hubiese sido consumado en el caso del contraído por personas no bautizadas. Este es el llamado “privilegio Paulino en favor de la fe” del que ha recibido el bautismo (si el otro cónyuge no acepta continuar cohabitando con el que se convierte al catolicismo).

Además, existía la disolución del matrimonio legítimo por expresa concesión del romano Pontífice, que opera en favor de la fe profesada por uno de los cónyuges.

Cuando el matrimonio no se ha consumado es disoluble por dispensa del Papa. También es disoluble cuando en el matrimonio rato, no consumado, uno de los cónyuges abraza profesión religiosa, haciendo votos solemnes y perpetuos de castidad.

Fuera de los casos de disolución del vínculo conyugal existe la separación, siempre que exista causa legítima, como es: adulterio, grave detrimento corporal del cónyuge o de los hijos, y abandono malicioso.

- **En el Derecho moderno**, con la reforma luterana se aceptó el divorcio, porque en opinión de su mentor, el casamiento era un asunto de naturaleza profana, así como se van polarizando las corrientes y doctrinas divorcistas y antidivorcistas, cada una con principios y peculiaridades debidamente determinadas. No obstante lo mencionado, sin aceptar las enseñanzas de Cristo que condenara el divorcio, fue practicado durante mucho tiempo por la fuerza de las costumbres ya que muchos fieles se acogieron a la legislación civil que permitía la disolución del matrimonio.

- Después de la Revolución Francesa, **en el Derecho contemporáneo**, el divorcio absoluto se incorpora en la mayoría de las legislaciones del mundo y tuvo básicamente en el Code de 1804 tres causales: las señaladas en cada ordenamiento jurídico, las concedidas por mutuo disenso y las peticionadas por voluntad de cualquiera de los cónyuges; pero el divorcio está hoy muy generalizado en casi todos los países del mundo, con escasas y significativas excepciones como en Irlanda, Portugal, España, Argentina, Chile, Brasil, para matrimonios canónicos, mas no así para los civiles. Desde el punto de vista doctrinal es posible dividirlo en los siguientes tipos: divorcio – repudio (disolución sin expresión de causa), divorcio-sanción (cuando se incurre en culpa), divorcio – quiebra (actos que resquebrajan el vínculo) divorcio – remedio (por causas objetivas y sin culpa); divorcio-convencional (por mutuo disenso).

II. EL DIVORCIO Y SU EVOLUCIÓN EN EL PERÚ

- **Sobre las instituciones jurídica familiares en la época pre-incaica**, aún existe mucho por conocer. Basadre, nos dice al respecto: *“Resulta, pues, si no imposible, por lo menos muy aventurado, ocuparse en detalle de las instituciones en general y específicamente de las de carácter jurídico, anteriores a los Incas. Las clasificaciones tipológicas aparte de su mayor o menos inexactitud, son insuficientes y había que ir al estudio individual de cada cultura. Pero la verdad es que todavía no se le conoce bien. Ni siquiera existe la seguridad de su número e individualidad, pues nuevas excavaciones arqueológicas pueden, en cualquier instante, conducir a descubrimientos sorprendentes.”* (BASADRE)

- **Sobre el incanato**, se posee mayor información. Así el matrimonio por compra debió existir en todo el Perú. El precio de la compra consistía en esta región, según el rango social del hombre; en llamas, plata o chicha, distinguiéndose entre los curacas y los indios comunes, estos últimos de condición económica más o menos nivelada. El pretendiente entregaba estas dádivas (toma) que significaban arras, las que eran recibidas por el curaca, los padres y parientes de la novia.

Existían el matrimonio y concubinato, en forma legal. Recibiendo la esposa y los hijos legítimos mayores consideraciones y tuvieron una posición más prominente o segura. Al respecto Basadre señala que, cabía la circunstancia de que la esposa legítima no se considerase ultrajada con la existencia de otras mujeres al lado del marido. Causas lícitas para el concubinato podían ser desde el punto de vista de la época, la conveniencia de la casta dominante de tener mayor número de descendientes, el deseo de aumentar la natalidad, el prestigio social, el mejor cuidado de los fines religiosos, económicos y domésticos de la familia. Por otro lado parece que la poligamia existía en las capas altas de la sociedad. Según Cobo no fue delito entre los

incas el tener muchas mujeres, siendo una expresión de autoridad, honra y hacienda y era considerado un privilegio especial.

- **En la colonia**, con la conquista española el Tahuantinsuyo sufrió una quiebra en sus instituciones, implantándose en territorio americano el régimen jurídico castellano. En este derecho, que aún no era español, ya que se encontraba en proceso de unificación y formación más bien era un conglomerado de normas con marcada influencia germánica, romana, árabe, judía y católica. Estas normas fueron: El Fuero Juzgo; los Fueros Municipales; el Fuero Viejo; el Fuero Real; las Partidas; las Leyes de Todo; la Nueva Recopilación; la Novísima Recopilación.

Sobre esta confusa legislación MALLQUI y MOMETHIANO señalan que se siguió un proceso contrario a toda labor legislativa, como es la determinación según idiosincrasia y costumbre de cada pueblo para luego dar al paso al derecho escrito. (MOMETHIANO)

El matrimonio no tenía un carácter sacramental, sino civil. Estas uniones tienen como nota específica la ausencia de *affectio maritalis*. Los matrimonios de la forma de linaje imperial se realizaban en forma masiva, concurriendo todos los mozos y mozas casaderas al Cuzco. Allí el Inca se situaba en medio de los contrayentes y convocándolos los tomaba de las manos juntándolos, uniéndolas así en vínculo matrimonial.

Además existieron ciertos tipos de matrimonio consuetudinario de carácter local o regional como el “servinacuy” o “tinkanakuspa”. Este era un “compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura esposa quien contra la obligación de recibir a su hija con prole y todo y la de devolver al pretendiente los obsequios recibidos o su equivalente en dinero o trabajo, si el enlace no llega a formalizarse o a adquirir carácter duradero”.

El matrimonio incaico es ante todo, un hecho, en el que predomina el elemento real. El indio se atiene, antes que nada al hecho de la vida en común durante un período más o menos largo. El matrimonio

cristiano es indisoluble, el matrimonio indígena no lo es; esto motivó la inevitable resistencia de la población nativa la que tenía un derecho privado constituido por un conjunto de normas consuetudinarias de distinto contenido.

La familia colonial estuvo organizada bajo la influencia cristiana (Iglesia Católica Apostólica Romana y Derecho Canónico), que consideraba al matrimonio como un sacramento, y por ende el vínculo matrimonial era perpetuo, fundado en el amor conyugal, aceptándose tan sólo la separación de cuerpos, por causales específicas. Característica predominante de aquella familia colonial fue la subordinación de la mujer al marido, quedando ésta en relativo estado de incapacidad. Con autoridad paternal fuerte, abarcando amplios poderes sobre las personas y bienes de su familia.

- **En la República**, tal como lo señala *BASADRE*, la situación de las leyes a fines de la Colonia era confusa, ya que rigió en materia de Derecho Privado el derecho castellano, puesto que el indiano contenía disposiciones de orden administrativo o político. Se repitió, en forma agravada, por la existencia de derecho adicional, la situación caótica existente en España.

La transformación del Derecho Privado empieza a operarse dentro de las disposiciones aisladas tomadas por los primeros gobiernos del Perú independiente, sea en la forma de Constituciones, leyes o decretos.

- **En el año 1825**, fue Bolívar quien nombró una comisión para redactar los códigos civil y criminal. La que estuvo presidida por el jurista peruano Manuel Lorenzo Vidaurre. Acción que no tuvo un resultado exitoso. En aquel proyecto sólo se aceptó la separación perpetua sin ruptura del vínculo (“A un pueblo soberano no se le dan leyes contra sus votos públicos”, argumentaba su autor). En la sociedad conyugal la mujer, aunque compañera se hallaba bajo la patria potestad del

marido. Las causas de divorcio debían seguirse ante el juez o ante árbitros.

- **En el año 1836**, se erigió la Confederación del Perú y Bolivia, promulgándose al Código Civil para los estados Nor y Sur Peruanos. Este código era el resultado de un proceso de recepción mecánica del Código francés. Presentando algunas diferencias, una de ellas precisamente se refería al divorcio que era aceptado únicamente como separación de cuerpos. El código Peruano-Boliviano fracasó fundamentalmente, por causas políticas generales, en razón de la caída de la Confederación.
- **En el año 1845**, en el gobierno de Castilla se elaboró un proyecto en el que se mantuvo la opinión de Vidaurre, surgiendo en el seno de la comisión una polémica con respecto al matrimonio.
- **En el año 1852**, se promulgó un Código Civil, en el matrimonio se realiza conforme a las normas canónicas establecidas en el Concilio de Trento. Teniendo el vínculo matrimonial carácter sacramental, siendo indisoluble, siendo competentes los tribunales eclesiásticos para conocer las causas de separación de cuerpos. Quedando en la jurisdicción de los jueces seculares el conocimiento de los esponsales, alimentos, y en general, todas las causas sobre los efectos civiles del casamiento o separación. Con el código del 1852 se mantiene el concepto tradicional del sacramento pero independizándolo del concepto contractual. No existiendo otro matrimonio que el católico.
- **En 1897**, se produce una modificación al promulgarse una ley de matrimonio civil, la cual reguló la unión conyugal de las personas que no profesaban la religión católica.
- **En el año 1930**, por Decreto Ley N° 6889 el Gobierno del presidente Sánchez Cerró declaró la vigencia del matrimonio civil como único en el Perú, estipulando el divorcio absoluto y la separación de cuerpos (El proyecto se aprobó en el Senado en 1918, y se dictó la ley en 1920, siendo observada por el Poder Ejecutivo). En 1931 se amplió y reglamentó (Decreto Ley 7282).

- **En el 1934**, se modificó dicha norma, derogando la separación de cuerpos adicionando al divorcio por mutuo disenso, el divorcio por causal, quedando abrogado el Derecho Canónico en nuestra legislación.
- **El Código Civil de 1936**, admite el divorcio relativo y el divorcio absoluto. Al respecto Vásquez Ríos dice:” El Divorcio fue visto por nuestro legislador de 1936 casi como un pecado, el cual atentaba contra la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la moral de la Iglesia Católica. El legislador de 1936, al entender al divorcio prácticamente como un atentando contra la moralidad, lo legisló como una sanción (se actúa a modo de penalización del cónyuge que ha cometido una infracción de la norma que establece las causas culpables de divorcio). Así sólo cabía el divorcio cuando el marido o la mujer incurrieran en algunas de las causales expresamente señaladas en la ley. El matrimonio debía ser para siempre, pero ante el preciso pecado o acto inmoral de uno de los cónyuges, era precedente declarar el divorcio y sancionar al culpable civil y/o penalmente. Esta visión del divorcio como sanción la encontramos claramente no sólo en las causales del mismo, sino también a lo largo del articulado donde las palabras “cónyuge inocente y cónyuge culpable” regulan la institución.
- **En el Perú el Código Civil de 1852**, admitió el divorcio pero tan sólo como un caso de separación de cuerpos.
- **Los códigos de 1936 y 1984**, adoptan criterios divorcistas aunque con serias deficiencias y defectos. En este último cuerpo jurídico, el divorcio se encuentra regulado en el Libro III, Sección Segunda, Título IV, Capítulo Segundo y, específicamente, en los artículos 348 al 360, últimamente modificado por la Ley 27495

TITULO I
EL MATRIMONIO

1. DEFINICIONES

El matrimonio es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que se puede romper por su voluntad.

PERALTA ANDÍA, define al matrimonio como “la unión de un varón y de una mujer concertada de por vida mediante la observación de ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia”. (PERALTA ANDÍA, 1996)

MAX MALLQUI REYNOSO, lo define como: “...la unión espiritual y corporal en forma permanente de un hombre y una mujer, asociados bajo un mismo fin: la procreación y perfección de la especie, mutuo auxilio y consecución de la más plena convivencia comunitaria, sancionada por la ley y disoluble sólo en los casos en ella especificados.” (MALLQUI REYNOSO, MAX, 2001)

EMILIO VALDVERDE, define al matrimonio como “una institución social que se caracteriza por su unidad expresada en la forma monogámica, en la dirección del hogar atribuida al marido, y en la subordinación de los múltiples fines a uno superior y unitario por la permanencia que es consustancial a la vida misma de la asociación del casamiento y que se ofrece en función de la necesaria y duradera protección a los hijos, objetivo vinculado a la conservación y perfeccionamiento de la especie, y por la legalidad, en tanto que esta ley establece, fuera de la voluntad individual, un régimen jurídico inalterable para los contrayentes.” (VALVERDE, 1942)

NUESTRO CÓDIGO CIVIL, en su artículo 234º lo define en estos términos: “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 éste Código, a fin de hacer vida en común...”.

En suma, a criterio de la investigadora, entiendo al matrimonio como la institución jurídica, que consiste en la unión voluntaria de un varón y un mujer celebrada en un acto solemne, reconocida por la ley, con la finalidad de realizar vida en común, que produce efectos jurídicos.

2. CARACTERES JURÍDICOS.

- **Es Institución del derecho de familia.-** El matrimonio evidentemente es una institución fundamental del derecho familiar, en primer lugar porque es su fuente principal, ya que gracias a él se crea la figura básica que da origen a la familia de base matrimonial y, luego, porque sin el matrimonio, no se concibe una comunidad fuerte, estable y duradera, al menos teóricamente.

Entonces del casamiento no solamente derivan una serie de derechos y efectos jurídicos de orden personal y patrimonial para los cónyuges y los hijos también permiten a los miembros del grupo doméstico mayor seguridad y moralidad, especialmente, para los hijos que hallan en esta institución las condiciones óptimas para su desarrollo integral.

- **Es Unión de un varón y de una mujer.-** Se trata, pues, de una unión intersexual monogámica, lo cual significa la preexistencia de un vínculo conyugal que impide la constitución de otro. Así lo establece el Art. 241, inciso 5º, cuando prescribe que no pueden contraer matrimonio los casados, es decir, que no pueden contraer otro enlace de carácter civil.

Esta unión tiene, sin duda, carácter heterosexual porque no permite el matrimonio de homosexuales, menos de transexuales o personas que cambian sobrevenidamente de sexo, sino tan solamente el de un varón y de una mujer. Tampoco se permite el matrimonio grupal conocido actualmente como la "sexualidad en grupo" que, en el fondo, está relacionado con la obscenidad.

Es más, la unión conyugal es permanente y estable en el sentido de que se contraen nupcias con el propósito de que perdure y que

su estabilidad quede garantizada por la ley. Desde esta perspectiva el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico, lo que no debe confundirse con la indisolubilidad que tiene otras connotaciones.

- **Legalidad.-** El matrimonio es la unión de un varón y de una mujer legalmente sancionada por la ley, lo cual supone en primer término la aptitud legal para contraerlo y, luego, el cumplimiento de ciertas formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico.

Para hablar del matrimonio, queda sobrentendido que los pretendientes deben haber alcanzado la pubertad legal, que expresa el jus connubi (salvo las excepciones establecidas en la ley) lo que lleva implícita la procreación y las condiciones de plena responsabilidad para asumir deberes y obligaciones que la unión matrimonial comporta.

Asimismo, el Derecho positivo pretende que el matrimonio se constituya a través de signos exteriores formales, que permitan captar el establecimiento de relaciones conyugales, a la vez, autoricen para ejercer el adecuado control de la legalidad que se refiere al cumplimiento de las solemnidades exigidas.

- **Es la Comunidad de vida.-** Se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deben compartir de un mismo destino, esto es, para gozar no sólo de las excelencias que brinda la unión conyugal, sino también para soportar el peso de la vida y afrontar cada una de las vicisitudes que ofrece la existencia humana.

El matrimonio en nuestra legislación tiene como finalidad el establecimiento de una plena comunidad de vida, lo cual supone ya no la procreación de los hijos, la generación de prole, sino el hecho de traerlos al mundo en condiciones adecuadas de subsistencia, por ende, ya no se refiere a los aspectos parciales de la vida, sino a la vida misma.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Existen básicamente tres posiciones que son:

3.1 Contractualista: Esta posición asimismo, puede ser enfocada desde tres perspectivas: La canónica, la civil tradicional y la de Derecho de Familia. Desde el enfoque canónico, se considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido.

La perspectiva civil tradicional postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulte aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento.

Al respecto, **GUTIERREZ CAMACHO Y REBAZA GONZALES**, señalan: "...cabe precisar que en nuestro Derecho Civil la nulidad y anulabilidad del matrimonio, son reguladas por las causales específicas contenidas en los artículos 274° y 277° del Código Civil, diferentes de las causales de nulidad y anulabilidad aplicables al común de los contratos. "La última perspectiva postula que el matrimonio es un contrato, el cual constituye un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo." (GUTIERREZ CAMACHO & REBAZA GONZALES, 2003)

3.2 Institucionalista: De acuerdo con esta posición, el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen contraerlo. Quienes sostienen esta tesis, dicen que no pueden ser aplicadas al matrimonio todas las normas y principios a que se sujetan los contratos usuales, y que se precisa de una decisiva intervención constitutiva del Estado a través de un funcionario especial, para que se eleve el matrimonio a la categoría de una institución social y jurídica, cuya principal característica sería la más severa supeditación de la voluntad individual a intereses superiores de diversa índole.

3.3 Mixta: Esta posición sostiene que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. Aquí es importante señalar que, la

mayoría de autores están de acuerdo, que aunque no se señale expresamente, nuestra legislación ha optado por esta última posición.

Nuestro Código Civil, en su artículo 234º lo define en estos términos: “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 éste Código, a fin de hacer vida en común...”.Particularmente, entiendo al matrimonio como la institución jurídica, que consiste en la unión voluntaria de un varón y un mujer celebrada en un acto solemne, reconocida por la ley, con la finalidad de realizar vida en común, que produce efectos jurídicos.

También podemos decir acerca del el matrimonio es una forma de relación humana aprobada social y culturalmente, por lo general asociada a la definición y formación de una familia⁷. Lo define como la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales. En el catolicismo, sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia. Ahora bien, la palabra matrimonio puede tomarse en el sentido de vínculo o estado conyugal y también en sentido del acto por el cual se origina y constituye esa relación, el vínculo matrimonial. De acuerdo a esta opinión, la más aceptada, al menos del punto de vista sociológico, la palabra matrimonio deriva de la frase *matrem muniens*, que significa defensa, protección de la madre tiene el matrimonio por función, garantizar el cumplimiento de los deberes del hombre, hacia la madre de sus hijos.

TITULO II

EL DIVORCIO

1. ETIMOLOGÍA.

Etimológicamente viene de la voz latina *divortum*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa “separarse” o irse cada uno por su lado.

En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida propia del matrimonio, por ruptura del vínculo conyugal, o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto como al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica.

2. DEFINICIONES.

CABELLO MATAMALA, JULIA; señala por el divorcio que: “a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nupcias. Cabe señalar que ambas figuras se asemejan en cuanto requieren ser declarados judicialmente; aunque algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, como por ejemplo, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón.” (CABELLO MATAMALA, 2003)

MANUEL MURO ROJO Y ALFONSO REBAZA GONZALES, señala que si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. (MURO ROJO & REBAZA GONZALES, 2003)

Según el autor **GUILLERMO CABANELLAS**, el divorcio deriva del latín *divortium*, del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado, y por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le poden

fin a la convivencia y al nexo de consortes, puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad del matrimonio. (CABANELLAS)

Situación esta última en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás el estado marital, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables. Por descuido tecnicismo en la materia, recogido incluso por legisladores civiles, como el español y el argentino, la separación de cuerpos y la de bienes entre los cónyuges, con subsistencia del vínculo matrimonial e imposibilidad de ulteriores nupcias mientras viva el otro consorte. Figuradamente ruptura de relaciones o de trato, profunda divergencia en pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones.

3. CLASES DE DIVORCIO:

La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial.

Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

3.1 DIVORCIO COMO SANCIÓN.

Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges o a ambos como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

Según **DAVID QUISPE SALSAVILCA**, “la causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”. (SALSAVILCA, 2002)

También respecto de esta causal, **LUIS DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN** han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”. (DIEZ PICAZO & GULLÓN)

3.2 DIVORCIO COMO REMEDIO.

Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del

matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó²⁰.

ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, sostiene que “el simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio” ; de allí que se ha dado a denominarla como la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio.

Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar al divorcio remedio en:

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

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (numerus clausus), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de

²⁰ Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”

ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (numerus apertus).

Respecto de esta sub clasificación, **DIEZ PICAZO Y GULLÓN** han referido: “Si se adopta esta premisa divorcio-remedio pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”.

A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro

(ambos casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Para **AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO**, resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: “En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la conducta de otro, en otros a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos– se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas”.

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

de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden **GUSTAVO A. BOSSERT** y **EDUARDO A. ZANNONI** cuando señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges”²¹ (BOSSERT & A. ZANNONI) .

4. CAUSALES DE DIVORCIO.

²¹ Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. Derecho de Familia, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.

Nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos²², estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos, entre ellas:

4.1. EL ADULTERIO

Se configura esta causal mediante el trato sexual de uno de los cónyuges con una tercera persona, violándose así el deber de fidelidad que nace del matrimonio (Caso. El Peruano, 02-09-2002, pg. 9133). El cónyuge ofendido deberá probar esta causal con prueba idónea; ejemplo: la partida de nacimiento del hijo adulterino. La violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias.

Antiguamente, se denominaba a este hecho como sevicia pero actualmente tanto la violencia física como el maltrato psicológico que un cónyuge puede inferir contra el otro revestirían esta causal. La causal concurre con un hecho intencional, objetivamente constatable; además, la acción debe producir un daño que determine la imposibilidad de continuar la vida en común.²³

4.2. LA VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA, QUE EL JUEZ APRECIARÁ SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS.

Son los continuos y reiterados actos de violencia física o psicológica de un esposo contra el otro. Pueden ser por medio de golpizas o insultos. La causal pierde su efecto a los seis meses de ocurrido el acto violento.

En esta causal lo más complicado es probar el triángulo de la violencia, es decir: el autor, el daño y el nexo entre ambos. No

²² **Artículo 349.-** Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

²³ (Caso. N° 675-98-Amazonas, El Peruano, 20-11-1998, pg.2070).

bastan los famosos exámenes médicos, más aún cuando no se puede sacar conclusión alguna de estas.

4.3. EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE

Se trata de la acción deliberada de un cónyuge de querer dar muerte al otro. La acción es necesariamente intencional y la prueba debe ser fehaciente y no dejar lugar a dudas de que esa fue la intención. El problema se esclarecerá dentro del correspondiente proceso penal.

En esta causal debe existir por lo menos una investigación policial previa que señale al autor del hecho.

4.4.LA INJURIA GRAVE, QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN.

Debe entenderse como toda ofensa grave orientada a atacar el honor del otro cónyuge; no se trata pues de cualquier ofensa, sino que la misma debe ser de tal magnitud que resulte ya insostenible seguir compartiendo la vida matrimonial.

El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda este plazo. Se trata de la deserción del hogar conyugal con el evidente propósito de parte del cónyuge que asume esa conducta al cumplimiento de sus obligaciones de esposo. Esta causal exige tres requisitos: A) que el demandado haya dejado la casa como común, B) que dicha acción sea injustificada, C) que el abandono se prolongue por más de dos años.²⁴

4.5. EL ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL POR MÁS DE DOS AÑOS CONTINUOS O

²⁴ (Caso. N° 2862-99-Cajamarca, El Peruano, 04-07-2000, pg.5226).

CUANDO LA DURACIÓN SUMADA DE LOS PERÍODOS DE ABANDONO EXCEDA A ESTE PLAZO.

Es la salida física del último domicilio conyugal por uno de los esposos por un periodo mínimo de dos años. Salida que debe ser sin justificación alguna, abandono que no solo es físico sino también económico.

Esta causal es parecida a la de separación de hecho pero es totalmente distinta, lo complejo en esta causal es acreditar lo “injustificable” de la salida del esposo(a) que abandono el hogar, para ello no bastan las denuncias policiales que haga el esposo (a) abandonado.

4.6.LA CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN.

Son actos realizados por uno de los esposos que son vergonzosos para el otro, como por ejemplo: los escándalos, ebriedad y alcoholismo, actos delincuenciales, frecuentar prostíbulos, o constantes actos de infidelidad en la que no fuera posible acreditar el adulterio.

Implica una secuencia de actos deshonestos, que al afectar la personalidad del otro cónyuge le causan un profundo agravio, asimismo, perjudica seriamente la integridad y dignidad de la familia, atentando la estimación y respecto mutuos que debe existir entre marido y mujer.²⁵

4.7.EL USO HABITUAL E INJUSTIFICADO DE DROGAS ALUCINÓGENAS O DE SUSTANCIAS QUE PUEDAN

²⁵ (Caso. N° 746-2000-Lima, El Peruano, 30-11-2000, pg.6447).

GENERAR TOXICOMANÍA, SALVO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 347.

Es el constante uso de tóxicos y drogas injustificadas que genere adicción. En este caso el consumo debe haberse operado luego del matrimonio y debe ser continuo.

Acá se está compartiendo la vida común con un drogadicto que se ha convertido en potencial amenaza del cónyuge y de la familia. Por eso la ley ha querido obrar con justicia liberando al cónyuge inocente de una vida verdaderamente infernal.

4.8.LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Es cuando uno de los esposos adquiere una infección sexual necesariamente grave que no proviene del otro pero adquirida durante la vigencia del matrimonio.

Esta causal de suyo explica y justifica la razón del divorcio. Se quiere proteger a la pareja del contagio venéreo que supondría seguir manteniendo vida sexual con el enfermo; a la vez, se evita traer una progenie con taras mentales. Las llamadas ETS son enfermedades de naturaleza infecciosa o parasitaria que se transmiten por la relación sexual: ladillas, gonorrea, sífilis, herpes genital, VIH (SIDA), chancro, etc. La prueba es básicamente médica.

4.9.LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO

Es el acto sexual que mantiene uno de los esposos con tercera persona de su mismo sexo, homosexualidad que debe haber operado durante la vigencia del matrimonio.

La atracción física entre personas del mismo sexo configura homosexualismo y el tema se plantea de presentarse en uno de los esposos. Tal situación crearía a no dudarlo un estado insostenible para el matrimonio, lo que ha llevado a constituirlo como causal de divorcio.

4.10. LA CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS, IMPUESTA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

Con esta causal se quiere evitar la deshonra del cónyuge inocente por hechos criminales repudiables cometidos por el otro, liberándolo de la obligación de continuar atado legalmente. La prueba de la causal deberá recogerse del juicio penal que al efecto se ha de instaurar contra el cónyuge culpable.

4.11. LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN, DEBIDAMENTE PROBADA EN PROCESO JUDICIAL.

Esta causal consiste en diversas conductas que perjudican al otro esposo(a) las que deben ser continuas y durante un tiempo prolongado.

Quizás sea esta la única causal abierta en donde pueden entrar hechos o motivos que no encuadran en las otras previstas por la ley. En realidad, es una salida que se ha querido brindar a la pareja para poner fin a sus conflictos. Por ejemplo, violencia familiar probada en un proceso de alimentos; o los actos reiterados de abandono de familia. Las otras dos causales restantes ya han sido explicadas al inicio.

4.12. LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES DURANTE UN PERÍODO ININTERRUMPIDO DE DOS AÑOS. DICHO PLAZO SERÁ DE CUATRO AÑOS SI LOS CÓNYUGES TUVIESEN HIJOS MENORES DE EDAD. EN ESTOS CASOS NO SERÁ DE APLICACIÓN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 335.

Es 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.

Esta causal se explicará posteriormente por la investigadora título aparte.

4.13. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL, DESPUÉS DE TRANSCURRIDOS DOS AÑOS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

La Separación Convencional, se podría entender como aquella referida a una de las causales previstas en el artículo 333º del Código Civil que permite a los cónyuges, de manera conjunta, solicitar la Separación de Cuerpos debido a que existe mutuo consentimiento, lo que evitaría la inculpación recíproca de los cónyuges para obtener la sentencia final, pero para solicitarla la ley prevé un plazo mínimo de duración del matrimonio, es decir, que exista entre los cónyuges la Separación Convencional después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

TITULO III

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

3.1. A MANERA DE EVOLUCIÓN.

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana.

- **En el artículo 192 del Código Civil de 1852**, se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.
- **En el año 1930**, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento.
- **En el año 1934**, se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del **Código Civil de 1936**.
- **En el Código Civil de 1984**, no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado malicioso), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

3.2. INCORPORACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO EN NUESTRO SISTEMA CIVIL.

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

3.2.1. PROYECTO DE LEY.

- **VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE**, señala que fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2004, pág. 41)
- **PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX**, indica que es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR) (PLÁCIDO VILCACHAGUA, pág. 211), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos.
- En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.
- Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años.

- Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.
- **Para el año 2000**, se presentaron Siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.
- **En el periodo 2000-2001**, la Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados, el cual fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en

un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

3.2.2. PUBLICACIÓN Y VIGENCIA DE LA LEY 27495.

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

La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de

procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo²⁶.

El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su

²⁶ Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: “En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado”.

demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

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

JUAN ESPINOZA ESPINOZA, señala que: “cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería “(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva.

(...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: “[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo

de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio” (ESPINOZA ESPINIOZA, 2005, págs. 153-154)

3.3. DEFINICIONES DE LA CAUSAL DE LA SEPARACIÓN DE HECHO.

Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras.

Así **AZPIRI, JORGE O.**, afirma que: “La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos”. (AZPIRI, 2000, pág. 256)

También **KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA**; quien asevera que la separación de hecho es “(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos (...)”. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1978, pág. 3)

La **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: “(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”.

3.4. NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica de la causal, prima facie, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

3.5. ELEMENTOS O REQUISITOS CONFIGURATIVOS DE LA CAUSAL.

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

3.5.1. ELEMENTO MATERIAL

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

techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales. (Zannoni, Derecho Civil – Derecho de Familia, págs. 117-118.)

3.5.2. ELEMENTO PSICOLÓGICO.

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

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

comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente”. (Quispe Salsavilca D. , pág. 110)

- En el mismo sentido **PLÁCIDO VILCACHAGUA**, señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros. (Plácido Vilcachagua A. , pág. 48)

- **ZANNONI**, estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges. (Zannoni, Derecho Civil – Derecho de Familia, pág. 124)

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

3.5.3. ELEMENTO TEMPORAL.

Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere.

La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata

de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

La invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan²⁷.

3.6. DIFERENCIA CON OTRAS CAUSALES.

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

²⁷ Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: “Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado”. En: Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo 1, pp. 95-96.

A. CON LA CAUSAL DE ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL.

Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges⁶³, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias²⁸.

B. CON LA CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER LA VIDA EN COMÚN.

Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la

²⁸ En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos. (Hinostroza Minguez)

Para **QUISPE SALSAVILCA**, se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador. (Quispe Salsavilca D. P., págs. 119-122.)

Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

3.7. EFECTOS LEGALES.

Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva²⁹; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

- **El primer efecto o consecuencia, común a todas las causales es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial** y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la

²⁹ Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (ex nunc), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil Derecho de Familia, Tomo 1, pp. 92-94.

mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345- A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, "(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares". (Plácido Vilcachagua A. F., pág. 151)

- **Como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos.**

Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

- A) **El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado.** Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.
- B) **La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos;** por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación,

igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: “El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”.³⁰

- **LA NORMA BAJO ANÁLISIS AGREGA COMO OTROS EFECTOS DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, LOS SIGUIENTES:**

- a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).

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

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

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

³⁰ En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: “Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otro medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil”.

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

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

3.8. CUESTIONES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

- **PRIMER ASPECTO PROCESAL:**

La titularidad de la acción corresponde a los cónyuges, ya que tiene carácter estrictamente personal de acuerdo al artículo 334 Código Civil. El mismo que establece como excepción, si alguno de ellos es incapaz ya sea por enfermedad mental o por declaración de ausencia, la acción puede ejercitarse por cualquiera de sus ascendientes si se funda en una causa específica.

Algunos autores, sostienen que, “la acción de divorcio es una acción personalísima que solo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en juicio”. (BAQUERO ROJAS, 1994)

- **SEGUNDO ASPECTO PROCESAL:**

Está referido a la competencia, es competente el Juez de Familia del último domicilio conyugal, o el del lugar donde reside el demandado, a elección del demandante. El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron de conformidad con el artículo 36 Código Civil.

- **TERCER ASPECTO PROCESAL:**

De conformidad con el artículo 113 de nuestro Código Procesal Civil Peruano, el Ministerio Público está autorizado para intervenir en un proceso civil como parte, como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite y como dictaminador.

En el proceso de divorcio por causal y tal como lo ha señalado el artículo 481 Código Procesal Civil, es parte el representante del Ministerio Público, por lo que no emite dictamen alguno.

VELASQUEZ, refiere que “el respectivo agente del Ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos menores del matrimonio cuyo divorcio se pretende. Para tal fin deberá citársele en el auto admisorio de la demanda” (VELASQUEZ GOMEZ, 1984).

- **CUARTO ASPECTO PROCESAL:**

Está referido a la vía procedimental, en este caso la vía es el proceso de conocimiento y sólo procede a pedido de parte³¹.

De conformidad con el artículo. 475 inciso 1 del Código Procesal Civil, que ha señalado: Se tramitan en Procesos de Conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que:

"No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el juez considera atendible su tramitación".

La sujeción al proceso de conocimiento radica en que la sentencia, que declara la separación de cuerpos y divorcio por causal, modifica el estado de familia de los cónyuges al hacerlo pasar del de casados al de separados o divorciados con efectos erga omnes.

- **QUINTO ASPECTO PROCESAL:**

De conformidad con el artículo 357 del Código Civil, el demandante en cualquier estado de la causa, puede variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una separación de cuerpos, siendo su objeto posibilitar la reconciliación de los cónyuges.

Lo señalado constituye una excepción a la regla general regulada en el artículo 428 del Código Procesal Civil, por la cual solo se pueden modificar la demanda y la reconvencción hasta antes de que sean notificadas.

- **SEXTO ASPECTO PROCESAL:**

³¹ El proceso de conocimiento, es el proceso modelo por excelencia, pues su tramitación es de aplicación extensiva a todas aquellas controversias que carezcan de un trámite específico. Se distingue por la amplitud de plazos de las respectivas actuaciones procesales en relación con otros tipos de proceso. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, vol.7, ed. Juristas Editores, Lima, 2010, p.15.

El sexto aspecto procesal es que en el proceso de divorcio por causal, el actor debe proponer en la demanda la acumulación de pretensiones que, en relación con la principal de divorcio, tienen la calidad de accesorias como son: alimentos y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad y distribución de bienes gananciales.

El artículo 485 del Código Procesal Civil señala:

“Después de interpuesta la demanda son procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; administración y conservación de los bienes comunes”.

- **SÉPTIMO ASPECTO PROCESAL:**

El séptimo aspecto por regla general es que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio de acuerdo a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil. Sin embargo, excepcionalmente, dicha norma no es aplicable en los casos de divorcio por separación de hecho de acuerdo al artículo 333 inc. 12 Código Civil que señala: "En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335".

Finalmente la norma ha establecido un requisito procesal, que es “el estar al día en las obligaciones alimentarias”, si dicho requisito sería ¿de admisibilidad o de procedencia?³²

Si lo consideramos como requisito de procedencia³³, su incumplimiento ocasiona la indefectible declaración de

³² ALFARO VALVERDE, “Análisis procesal del requisito de estar al día e la obligación alimentaria para invocar la causal de separación de hecho” en revista Dialogo con la Jurisprudencia, vol.14, N° 124, Enero, Lima, 2009, pp. 207-209.

³³ Esta forma de calificarlo como requisito de procedencia para invocar la separación de hecho, es la misma a la que se arribó en el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia llevado

improcedencia, para tal caso el legislador ha previsto los supuestos legales en forma taxativa, los cuales se encuentran previstos en el artículo 427 del Código Procesal Civil.

ALFARO ha señalado que se trataría de un requisito de admisibilidad, en caso de que el juzgador advierta su no demostración, la demanda debería ser declarada inadmisibile, otorgándole un plazo perentorio para que cumpla con subsanar los defectos u omisiones detectadas por el juzgador.

TITULO IV

INDEMNIZACIÓN Y ADJUDICACION DE BIENES EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO.

En principio, no es presupuesto sine quanon de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa, en sentido amplio, cualquiera de los cónyuges³⁴, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los

a cabo el 7 y 8 de septiembre de 2007, se planteó la siguiente interrogante: “El cumplimiento de la obligación alimentaria como requisito de la causal. ¿Se trata de un requisito de admisibilidad o procedencia de la demanda”. Respecto del cual se formularon las siguientes posiciones: a) El cumplimiento de la obligación alimentaria es un requisito de procedibilidad de la demanda que forma parte del interés para obrar como condición de la acción cuya satisfacción va aposibilitar un pronunciamiento válido sobre la pretensión de fondo referida al divorcio por causal de separación de hecho. b) Es un requisito de procedibilidad; sin embargo, en ejercicio de la función tuitiva de la especialidad y conformidad con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se debe otorgar a la parte demandante la oportunidad de acreditar durante el proceso dicho cumplimiento en aras a las garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución.

³⁴ En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: “(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)”.

cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización³⁵.

Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación³⁶.

4.1 LA INDEMNIZACIÓN EN LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

4.1.1 CONCEPTO.

En la doctrina y derecho comparado, se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria.

HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ, compartiendo criterio con **PEREDA Y VEGA SALA**, concibe a esta compensación como: “Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o

³⁵ La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: “Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras”.

³⁶ También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano. En: AA.VV. Persona, Derecho y Libertad, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima – Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

divorcio se encuentre debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal³⁷. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculatorias como las no inculatorias, pues la prestación se impone, según se dice, “al margen de toda responsabilidad”.

En nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aun cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado.

³⁷ La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.

Aun en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

4.1.2 INDEMNIZACIÓN Y DAÑOS PERSONALES.

Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre:

- a)** Los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda.
- b)** Los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva),

que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta:

- Su afectación emocional y psicológica.
- La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad³⁸.
- Si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros.

Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable, culpa en sentido amplio, de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con:

- La pérdida de pensiones o,
- Beneficios de seguros o,

³⁸ Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, **la familia monoparental** (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572 2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. Familia Monoparental, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

- Rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio.

En tal sentido, también se pronuncian **LUIS DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN** comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: “La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas” (DIEZ PICAZO & GULLÓN).

- **Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral.**

Se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

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

4.1.2.1. DAÑO A LA PERSONA.

El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota **Fernández Sessarego**, aunque exista consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud (Fernández Sessarego, pág. 477).

- ***El daño biológico***, representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima (Pizarro Ramón, 2004).

- ***El daño a la salud***, representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico) (Pizarro Ramón, 2004).

- También algunos autores, como **CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**, sostienen que el daño al

“proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano.³⁹

En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida y por extensión el de proyecto de vida matrimonial a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia⁴⁰, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad.

Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la

³⁹ Fernández Sessarego sostiene que: “El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto.” En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, diciembre, 1996.

⁴⁰ Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque “el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación”. Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. El valor de la vida humana, Sante Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

De otro lado, según **JUAN ESPINOZA ESPINOZA**, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie. (Espinoza Espinoza)

Sin embargo, según **FELIPE OSTERLING PARODI**, señala que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona (Osterling Parodi), tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322⁴¹ y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984⁴² y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985⁴³.

El daño a la persona, es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial (Fernández Sessarego, El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán.)

⁴¹ Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

⁴² **Artículo 1984.-** Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

⁴³ **Artículo 1985.-** Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente⁴⁴.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado⁴⁵.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: “En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona” (Fernández Sessarego, Derecho de las personas, 2009). Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona (Gherzi, 2002).

En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello

⁴⁴ La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp, ha establecido que: “(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico – material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente”.

⁴⁵ Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. p 122.

obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica (Gherzi, 2002).

4.2 De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.

Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar.

Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez

puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores.

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

TITULO V

RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1. NOCION DE RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad es mediante la cual se le atribuye a un sujeto el deber de cargar con las consecuencias de un hecho cualquiera por lo que el sujeto deberá responder por las consecuencias de su obrar voluntario y así mismo este por imperio de la ley es responsable de los riesgos o peligros que su actuar origina cuando exista alguna relación entre la cosa que ha provocado su efecto y este a quien se atribuye la responsabilidad.⁴⁶

5.2. CLASIFICACIÓN.

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

⁴⁶ MARADIEGUE RIOS, Roberto, **Derecho de Obligaciones**, Edición 2002, Editorial Sevillano vol. IV pp. 111

resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional (responsabilidad extracontractual)⁴⁷

5.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

Se presenta cuando el daño jurídicamente indemnizable surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, un contrato o cuando deriva de la inejecución de obligaciones como indica nuestro Código Civil.

5.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

Es aquella cuando el daño se produce sin que exista entre las partes una relación jurídica previa, o, existiendo ella, el daño producido es ajeno al incumplimiento de la obligación voluntaria, si no se implementa simplemente se infringe el deber genérico de no causar daño a otro. (AGUILAR GRADOS, 2005)

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

Como es sabido, 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.

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de “responsabilidad civil contractual”, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la

⁴⁷ TABOADA CORDOVA Lizardo, **Elementos de la Responsabilidad Civil**, 2da edición, edit. Grijley, 2003, p.29.

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

La responsabilidad civil extracontractual, es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado "relación jurídica obligatoria".

Durante muchísimo tiempo se debatió arduamente en la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños. Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro. Y, es ésta, justamente la posición actual del Código Civil peruano, que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil.

Por el contrario, la doctrina moderna, y desde hace mucho tiempo, es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

No obstante lo cual, y aún cuando nuestro Código Civil se adhiere al sistema tradicional, en nuestro concepto ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad en base a elementos comunes,

señalando con toda claridad, las diferencias de matiz, tanto en el ámbito teórico como en el ámbito normativo. En tal sentido, nuestra opinión es que la actual regulación del Código Civil peruano no es impedimento para estudiar el sistema de la responsabilidad civil desde una óptica unitaria, en la medida en que se respeten las diferencias de orden legal existentes.

De esta manera, debe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica, como es evidente, en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás. Esta distinción justifica las diferencias de matiz en la regulación legal de ambos aspectos de la responsabilidad civil, que explicaremos en cada uno de los capítulos del presente manual.

5.3. REQUISITOS COMUNES.

Como es sabido, los requisitos comunes a la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.

a) ANTIJURICIDAD

Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor 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 los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el

criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos y atípicas en cuanto, a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este concepto de la antijuricidad, en el sentido de antijuricidad genérica, no se acepta sino el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321 del Código Civil, mientras que la antijuricidad típica y atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969 y 1970 del mismo Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar; entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

Esto es evidente, por cuanto mientras en el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación, en el ámbito extracontractual por el contrario al no estar predeterminadas dichas conductas, debe entenderse

que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause un daño.

B) DAÑO CAUSADO

El segundo aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado; siendo éste el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Tan importante es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar con mucho acierto la responsabilidad civil como "derecho de daños".

Pues bien, en sentido amplio, se entiende por daño, la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión

No se debe olvidar que el hombre es un ser social, que se vincula en su vida de relación social con otros hombres para la satisfacción de sus múltiples necesidades de carácter también social, y que en cuanto dichas necesidades o intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico se elevan a la categoría jurídica de derechos subjetivos. Una concepción meramente formal de los derechos subjetivos, no nos permite comprender el problema de los derechos en su esencia social, y tampoco nos permitirá entender que la responsabilidad civil, antes que todo, es un sistema de solución de conflictos sociales, de conflictos o problemas entre individuos que se desenvuelven en un determinado ambiente social, en un momento histórico y político determinado. Una vez delimitado en términos amplios

el concepto del daño y habiendo hecho énfasis en el aspecto social de los derechos subjetivos, puede bien decirse que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal.

Ahora bien, respecto del daño existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: patrimonial y extra patrimonial. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: el daño emergente, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir. En lo concerniente al daño extra patrimonial nuestro Código Civil se refiere al daño moral y al daño a la persona, existiendo en la doctrina moderna una tendencia cada vez más fuerte a hablar únicamente del daño a la persona.

Evidentemente, ambas categorías del daño patrimonial y extra patrimonial están referidas tanto a la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional, en lo que respecta al campo extracontractual ha consagrado legalmente en el artículo 1985 del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual sólo se reparan o indemnizan únicamente los daños directos, según lo dispone el mismo artículo 1321.

Como es evidente, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, mientras que en el campo contractual el mismo deberá ser consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes.

- **Las categorías de daño patrimonial:**

En la doctrina existe unanimidad en que existen dos categorías de daño patrimonial, que son de aplicación tanto al campo contractual como extracontractual: el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por lucro cesante la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir.

Estas dos categorías de daño patrimonial se aplican con el mismo significado tanto al sistema de responsabilidad civil contractual como extracontractual, estando ambas reconocidas legalmente en nuestro código civil.

Con relación a la responsabilidad extracontractual el artículo 1985 dispone en forma expresa:

“LA INDEMNIZACION COMPRENDE LAS CONSECUENCIAS QUE DERIVEN DE LA ACCION U OMISION 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.”

No debe olvidarse que el daño es el mismo en los dos campos de la responsabilidad civil y que la única diferencia se encuentra en que en un caso el daño es producto de una conducta que contraviene el deber jurídico genérico de no causar daño a los demás y en el otro caso de una conducta que contraviene una obligación previamente pactada.

- **Daño moral**

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. Así, por ejemplo, se entiende que en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño

moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general.

Sin embargo, la doctrina establece 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.

Como consecuencia de este concepto de daño moral como una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables, es que se restringe el ámbito de aplicación del daño moral a los sentimientos que tenemos por los integrantes de nuestra familia, en el sentido amplio de la palabra, por cuanto se considera que respecto de los mismos nuestros sentimientos son considerados socialmente dignos y legítimos y por ende merecedores de protección legal. Este requisito fundamental del daño moral fluye claramente del artículo 1984 del Código Civil que señala lo siguiente:

“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

El Código civil peruano en el mismo artículo 1984 ha consagrado una fórmula, entendemos inteligente, cuando dispone que *el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*, que se traduce en el sentido que el monto indemnizatorio por daño moral deberá estar de acuerdo con el grado de sufrimiento producido en la víctima y la manera cómo ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general. Fórmula bastante general y elástica que, sin embargo, no puede resolver del todo la

enorme dificultad en la medición patrimonial del daño moral. Como se podrá apreciar, también con facilidad, el otorgamiento de indemnizaciones por daño moral representa para el poder judicial un problema enorme, que tiene que ser resuelto con criterio de conciencia y equidad en cada caso en particular, pues no existe fórmula matemática y exacta para cada supuesto.

➤ **Daño a la Persona**

En lo relativo al daño a la persona debemos señalar en primer lugar, que a diferencia del daño moral, el mismo no se acepta literalmente en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, sino únicamente en el campo extracontractual, según fluye del artículo 1985 que se ha mencionado anteriormente.

Para un sector de la doctrina el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo, la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye la frustración del proyecto de vida.

C) RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues 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. La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985 la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321 la teoría de la causa inmediata y directa.

Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías, nos llevan al mismo resultado. Más aún, en ambas clases de responsabilidad civil existen las figuras de la concausa y de la fractura causal, que se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo. A la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta, se le llama justamente fractura causal. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

Se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente - consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar. Esto significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

Pues bien, habiendo establecido la necesidad de este tercer requisito de la responsabilidad civil, corresponde ahora determinar el sentido de la noción de causa adecuada para poder entender el significado de la relación causal en el campo de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, conviene plantearse la siguiente pregunta ¿cuándo se debe entender que una conducta es causa adecuada de un determinado daño?

La respuesta a esta interrogante es la siguiente: para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que

concurran dos factores o aspectos: un factor in concreto y un factor in abstracto.

El aspecto in concreto debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, 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 concurrencia 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. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto. Es pues necesaria la concurrencia de ambos factores para que se configure una relación de causalidad adecuada.

D) FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Ahora bien, el tema de la relación de causalidad no se agota en la noción misma de causa adecuada, sino que es necesario precisar todas las figuras y supuestos que se presentan en torno a este aspecto fundamental de la responsabilidad civil, para poder entender la mecánica de la relación de causalidad dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual. En tal sentido, resulta fundamental determinar las nociones de fractura causal o causa ajena, la de concausa y aquella de pluralidad de causas, reguladas sucesivamente en los artículos 1972, 1973 y 1983 del Código Civil.

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 antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad.

- **Fractura causal**

En lo concerniente a la noción de fractura causal, debemos señalar que la misma se configura cada vez que un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el mismo que será resultado de una sola de dichas conductas. En este sentido, en todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causas habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido la misma consecuencia de la otra conducta. Y es por ello que 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 denomina causa ajena.

Todo supuesto de fractura causal implica pues un conflicto entre la causa ajena y la causa inicial, siendo el daño consecuencia de la causa ajena y no existiendo ninguna relación de causalidad respecto de la causa inicial.

Esto significa en consecuencia que la causa ajena es un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad civil a cargo del autor de la causa inicial justamente por haber sido el daño consecuencia del autor de la causa ajena. Dicho en otros términos, cada vez que se le intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual por la supuesta producción de un daño, el mismo tendrá la posibilidad de liberarse de dicha responsabilidad si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena, o

lo que es lo mismo de otra causa, bien se trate de un supuesto de caso fortuito, o de fuerza mayor, o del hecho determinante de un tercero, o del propio hecho de la víctima, según lo establece el artículo 1972 del Código Civil, cuyo texto señala lo siguiente:

“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”.

Si se trata de caso fortuito, la causa ajena será un fenómeno de la naturaleza, como un terremoto, una inundación consecuencia del Fenómeno del Niño, etc. Del mismo modo, si se trata de fuerza mayor la causa ajena será un acto de la autoridad como una prohibición repentina decretada por norma jurídica de una conducta antes permitida, la declaración de guerra de un Estado a otro, etc. Si se trata del hecho determinante de tercero, la causa ajena será justamente el hecho del tercero y en el caso del hecho de la víctima la causa ajena será precisamente el hecho de la propia víctima. De esta manera en estos cuatro supuestos el daño no será producto del autor de la causa inicial, el mismo que no será responsable civilmente, por ser la misma consecuencia de caso fortuito, o de fuerza mayor, o del hecho de un tercero, o del hecho de la misma víctima, es decir, de una causa ajena.

Con relación a los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, debemos señalar que se trata de nociones con las mismas características, pues deberán ser eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, con la única diferencia respecto al origen del evento, como se ha anotado anteriormente, según fluye claramente del artículo 1315 del Código Civil.

Puede pues decirse que en los supuestos de causa ajena, denominados también doctrinariamente “fractura causal”, no existe responsabilidad a cargo del autor de la causa inicial, por ser el daño consecuencia de otra causa que puede ser una conducta humana o un evento de la naturaleza.

Las fracturas causales se invocan consiguientemente siempre que el autor de una determinada conducta logre acreditar que no ha sido el causante del daño imputado, por ser el mismo consecuencia de otra causa, ya se trate de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la víctima.

Así, por ejemplo, si en plena Vía Expresa en la ciudad de Lima, un sujeto decide quitarse la vida y se arroja debajo de un vehículo en plena marcha, aun cuando el daño haya sido causado aparentemente por el conductor del vehículo, no existirá duda alguna que el mismo podrá liberarse de responsabilidad invocando como causa ajena el hecho de la propia víctima, por cuanto en este ejemplo es la propia víctima como consecuencia de su propia conducta la que se ha causado el daño a sí misma, en tanto y en cuanto de no haber sido por dicha conducta, el conductor no hubiera producido materialmente el daño. El daño, en este caso la muerte del suicida, no ha sido consecuencia del hecho del conductor, sino del propio hecho de la víctima.

Debe señalarse igualmente que para poder tener una exacta visión de las fracturas causales, no debe confundirse el aspecto de la culpabilidad del sujeto de la conducta, con el aspecto objetivo de la relación causal, pues no interesará que el autor de la causa inicial haya actuado con dolo o culpa, es decir, no interesará que el mismo haya querido producir un daño a sabiendas del mismo, o en forma negligente, en tanto que lo único importante es que el daño causado a la víctima

no ha sido consecuencia de dicha conducta, sino de un evento extraño y ajeno a él.

En todos los supuestos de fractura causal debe dejarse de lado el análisis del aspecto subjetivo del autor de la conducta de la denominada causa inicial, pues lo único relevante es que el daño ha sido consecuencia de una conducta o evento ajeno y distinto, bien se trate de caso fortuito, de fuerza mayor, de hecho de tercero o del hecho de la propia víctima.

Por ello es que decimos, y ello debe quedar bastante claro, que las fracturas causales deben ser invocadas cuando se le impute a un sujeto una responsabilidad civil por un daño que no ha causado, habiendo sido el mismo consecuencia de un evento o conducta ajena. Y esta noción y mecanismo de la fractura causal, como es evidente, no guarda vinculación alguna con la noción de culpabilidad, tratándose de un asunto meramente objetivo, referido a que conducta o evento es la que ha causado el daño.

Se deduce fácilmente no sólo que en todo supuesto de fractura causal, no existirá responsabilidad civil a cargo del autor de la causa inicial, sino que si la fractura causal es un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor o hecho de la propia víctima no se configurará tampoco ninguna responsabilidad civil, salvo que se trate del supuesto de hecho determinante de tercero, en cuyo caso dicho tercero será el responsable civilmente por haber sido el causante del daño.

Asimismo, debe también señalarse en forma expresa que cuando decimos que la conducta del sujeto que no ha causado el daño debe denominarse “causa inicial”, no estamos haciendo referencia a que dicha conducta haya causado algún tipo de daño distinto, sino que la expresión “causa inicial” debe entenderse en el sentido de conducta que

no ha causado daño alguno, utilizándose la expresión “causa” justamente para poder distinguirla de la conducta que sí causó el daño y que se denomina por ello mismo “causa ajena”.

- **CONCAUSA**

Habiendo ya precisado el concepto de fractura causal, corresponde ahora abordar el concepto de concausa, que es también de fundamental importancia en la aplicación de la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual, a efectos de entender adecuadamente dicho sistema.

Como ya hemos establecido, en los supuestos de fractura causal se presenta un conflicto entre dos conductas o causas: una que no causa el daño y otra que sí llega a producirlo. Por el contrario, en los supuestos de concausa, regulados en el artículo 1973 del Código Civil, la situación es distinta, por cuanto en este caso el daño siempre es consecuencia de la conducta del autor, pero con la contribución o participación de la propia víctima, tratándose de un supuesto totalmente distinto al de la fractura causal.

En tal sentido, el artículo 1973 del Código Civil señala lo siguiente:

“Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.”

En efecto, existe un supuesto de concausa cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento con la conducta del autor a la realización del daño.

El daño no es consecuencia única y exclusiva de la conducta del autor, sino que la propia víctima ha contribuido y colaborado objetivamente a la realización del mismo, el cual no se hubiera producido de no mediar el comportamiento de la propia víctima.

Así por ejemplo, si una persona decide practicar el ciclismo en una autopista y no en pistas especialmente acondicionadas para ello, no hay duda alguna que existirá concausa en el supuesto que un conductor de esta vía rápida atropelle al ciclista. No se tratará de un supuesto de fractura causal por hecho exclusivo de la víctima por cuanto la conducta de hacer ciclismo en una autopista no es suficiente o adecuada por sí misma para sufrir un accidente de tránsito, pero sí es concausa por cuanto con este comportamiento la víctima está contribuyendo objetivamente a la producción del daño.

Debe señalarse que en los hechos es con mucha frecuencia bastante difícil distinguir cuándo existe fractura causal y cuándo concausa. El único criterio para diferenciar ambas figuras será el plantearse la siguiente pregunta: ¿La conducta de la víctima por sí misma es suficiente para la producción del daño? Si la respuesta es afirmativa se tratará de fractura causal y si es negativa, será un supuesto de concausa, por cuanto además de la conducta de la víctima es necesaria la conducta del autor.

En estos casos de concausa, no se trata de un conflicto entre dos conductas, a efectos de establecer cuál de ellas ha causado efectivamente el daño y cuál de ellas no ha llegado a producirlo, sino que se trata de un supuesto en el cual objetivamente la propia víctima, queriéndolo o no, colabora o contribuye con su propia conducta a la realización del daño. Evidentemente, por lo general esta contribución es producto de un acto de imprudencia de la víctima, como con el ejemplo de elegir una autopista para practicar el ciclismo.

Pero al igual que lo dijimos para entender las fracturas causales, para poder entender la concausa es necesario dejar de lado cualquier análisis o investigación sobre el grado de

culpabilidad de la víctima. Lo único relevante es que la víctima concurre con la conducta del autor a la realización del daño. Por ello, el efecto jurídico de la concausa no es la liberación de responsabilidad civil del autor, sino únicamente una reducción de la indemnización a cargo del autor en consideración al grado de participación de la víctima. Reducción de la indemnización que deberá ser determinada por el juez según las circunstancias de cada caso concreto en particular, según lo establece expresamente el artículo 1973 del Código Civil.

- **PLURALIDAD DE CAUSAS Y SUS EFECTOS JURÍDICOS**

Finalmente, con relación a los supuestos de concurrencia de causas, denominado también pluralidad de causas o “coautores”, es necesario señalar que se trata de los casos en los cuales dos o más sujetos, mediante una conducta común o a través de conductas singulares, causan un mismo daño. Es decir, se trata del supuesto en el cual el daño no es consecuencia de la conducta de un solo sujeto, sino de la conducta de varios sujetos, obviamente un mínimo de dos, razón por la cual se hace referencia a este caso no sólo con la expresión “coautores”, sino también con aquellas de concurrencia de causas o pluralidad de autores o pluralidad de causas, para significar que el daño es producto de una conducta realizada por varios sujetos o de conductas singulares que concurren en la producción de un mismo daño. En todo caso lo fundamental es que se trata de daños causados por varias personas.

Evidentemente deberá tratarse de un mismo daño, pues si se tratara de daños distintos, no tendría sentido hablar de pluralidad autores, sino que se trataría de daños distintos causados por sujetos distintos. En este sentido, el artículo 1983 del Código Civil señala lo siguiente:

“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.”

El efecto jurídico de la pluralidad de autores es que con relación a la víctima o víctimas, los coautores 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. Ahora bien, cuando no sea posible discriminar o distinguir el diferente grado de participación de cada coautor, la indemnización se distribuirá entre ellos en partes iguales, según lo señala el criterio doctrinario unánime y el artículo 1983 del Código civil. Como se podrá observar, en consecuencia, son totalmente distintos los supuestos de fracturas causales, concausas y pluralidad de autores, mereciendo cada uno de ellos por esta misma razón una diferente regulación legal.

En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras que en el campo extracontractual, de acuerdo al Código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. Aun cuando debe destacarse que al haber invertido la carga de la prueba en el artículo 1969, se ha llegado a objetivar el sistema subjetivo de la responsabilidad civil por culpa, en el ámbito extracontractual. No obstante lo cual, debe destacarse la bondad del Código Civil peruano al haberse consagrado en el artículo 1970 el sistema objetivo basado en la idea del riesgo, como factor de atribución distinto, pero coexistente con el factor subjetivo de la culpa.

La diferencia entre ambos factores de atribución es evidente, y apunta principalmente a que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entiéndase dolo o culpa, mientras que en el sistema objetivo del riesgo, además de las tres condiciones lógicamente necesarias, sólo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad.

Cierto es que, para efectos prácticos, el Código Civil peruano ha acercado mucho los resultados de la aplicación del sistema subjetivo como del sistema objetivo. Sin embargo, ello no es impedimento para la distinta calificación legal, pues una cosa es invertir la carga de la prueba y otra muy distinta abstraer por completo la prueba en la configuración de los hechos o conductas que dan lugar a responsabilidad civil. Este es un tema que analizaremos después, dado el debate que existe en la doctrina sobre la responsabilidad por accidentes de tránsito, lo cual redundará automáticamente en la posibilidad de establecer un régimen especial de dicha responsabilidad. No debe olvidarse que se entiende por bienes riesgosos todos los que significan un riesgo adicional para nuestra vida de relación social, pero que sin embargo de acuerdo a la experiencia normal de una determinada sociedad, son absolutamente indispensables para el desarrollo social y la satisfacción de necesidades consideradas social y jurídicamente merecedoras de tutela legal.

Pues bien, examinadas muy brevemente, las categorías jurídicas generales sobre la responsabilidad civil, corresponde ahora determinar el significado de cada una de ellas, planteando las diferencias que existen entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en cada uno de los sucesivos capítulos del presente material, pero sabiendo siempre que ambas responsabilidades tienen una estructura

común, con diferencias de matiz que justifican una diferente regulación legal.

TÍTULO VI

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

6.1. PRINCIPIO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

El artículo 139.3 de la constitución política establece un derecho autónomo en el que se integran diversas manifestaciones y que engloba; el derecho para acceder al proceso judicial, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho; el derecho a los recursos legamente previstos y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un "mínimo de garantías" que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho.

Procedamos a tratar cada uno de estos derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva:

6.1.1. El derecho de libre acceso a la jurisdicción.-mediante este derecho se garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional, promoviendo o solicitando su inicio ante el órgano legalmente competente o concurriendo válidamente al proceso ya iniciado en los casos en que tuviere algún interés en la resolución jurídica del mismo.

El derecho de acceso a la justicia debe ser entendido como aquel que todas las personas tienen de ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se

debe manifestar no solo en la posibilidad de formular peticiones concretas (solicitudes probatorias, oposiciones, alegatos, impugnaciones, etc.), sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e interés legítimo de las personas.

6.1.2. El derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas.- conforme ha sido concebida en la doctrina jurisprudencial constitucional española, esta consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva constituye una mera continuación del derecho de acceso al proceso

Esta garantía se refiere a la posibilidad de que deben tener las partes de acceder a los recursos e instancias correspondientes en tanto se encuentren legalmente previstas. Esta garantía no debe entenderse como un derecho a la pluralidad de instancias, sino que solo constituye un derecho a acceder a las instancias –por ende al recurso que la posibilita- ya legalmente previstas hablamos pues del derecho de impugnación.

6.1.3. El derecho a obtener una resolución motivada jurídicamente que ponga fin al proceso.- los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, en cuanto partes integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución motivada jurídicamente que ponga fin al proceso.

De nada serviría que se le haya permitido al sujeto comparecer al proceso en sus instancias legalmente previstas, si no se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional no pueda eludir dar la respuesta jurídica cuya búsqueda dio origen al proceso, o de una que resulte

siendo ambigua. Sin embargo no es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que esta además de ser clara deba encontrarse debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica.

Como ya comentamos, el derecho a la motivación de la resolución que ponga fin al proceso se encuentra incluido en la garantía específica de motivación de resoluciones jurisdiccionales consagrada en nuestra carta magna (art.139) cuando prescribe: “son principios y derechos de la función jurisdiccional” (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hechos en que se sustente”.

6.1.4. El derecho a la efectividad de la tutela judicial.- conocido como el derecho de ejecución de resoluciones judiciales. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se complementa con el derecho que se tiene a que la resolución que pone fin al proceso pueda ser operativa en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que le ponga fin de forma favorable, si es que el pronunciamiento judicial queda solo en eso, un pronunciamiento y no puede conseguir virtualidad en realidad.

En suma, la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público a tener acceso al sistema judicial y a obtener de este una resolución fundada en derecho – y por tanto, motivada-, a ello se añade el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades siendo equiparado por algunos autores con el *due process of law* del derecho anglosajón, lo cierto es

que para los países latinos, su configuración como derecho fundamental, que rige no solo el proceso sino que incluso lo fundamenta como mecanismo legítimo para la solución de los conflictos, es ya indiscutible.

6.2. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

6.2.1. NOCIÓN.

Este principio tiene consagración constitucional en el artículo 139, el cual prescribe: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la Jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

El debido proceso, proceso justo o simplemente debido proceso, es un derecho fundamental que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente. Es un derecho complejo de carácter procesal, porque está conformada por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho, inclusive el Estado, que pretenda hacer uso abusivo de éstos.

El estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un

contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial.

Para Jorge Rosas Yataco: *“el Debido Proceso legal apunta hacia el otorgamiento de una Tutela Judicial Efectiva. Esta última recoge el derecho de los ciudadanos a recibir una justicia plenamente satisfactoria, que no puede quedar en mera declaración, que resuelva de verdad el litigio planteado a la decisión de los órganos judiciales. Mientras que el Debido Proceso se refiere al derecho de los mismos ciudadanos a que el cauce seguido, o el instrumento utilizado para ello, reúnan los requisitos necesarios y garantías insoslayables que lo hagan merecedor de credibilidad social”.* (ROSAS YATACO, 2009, pág. 190)

6.2.2. Elementos del debido proceso.

El debido proceso corresponde al proceso jurisdiccional en general y particularmente al proceso penal, al proceso civil, al proceso agrario, al proceso laboral, inclusive al proceso administrativo; y aún, cuando no existe criterios uniformes respecto de los elementos, las posiciones convergen en indicar que para que un proceso sea calificado como debido se requiere que éste, proporcione al individuo la razonable posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada en derecho. Para ello es esencial que la persona sea debidamente notificada al inicio de alguna pretensión que afecte la esfera de sus intereses jurídicos, por lo que resulta trascendente que exista un sistema de notificaciones que satisfaga dicho requisito.

Los elementos del debido proceso a considerar son:

A. Intervención de un Juez independiente, responsable y competente.

Porque, todas las libertades serían inútiles sino se les puede reivindicar y defender en proceso; si el individuo no encuentra ante sí jueces independientes, responsables y capaces.

Un Juez será independiente cuando actúa al margen de cualquier influencia o intromisión y aún la presión de los poderes públicos o de grupos o individuos.

Un Juez debe ser responsable, porque su actuación tiene niveles de responsabilidad y, si actúa arbitrariamente puede sobrevenirle responsabilidades penales, civiles y aún administrativas. El freno a la libertad es la responsabilidad, de ahí que existan denuncias por responsabilidad funcional de los jueces.

Asimismo, el Juez será competente en la medida que ejerce la función jurisdiccional en la forma establecida en la Constitución y las leyes, de acuerdo a las reglas de la competencia y lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el Perú está reconocido en La Constitución Política del Perú, numeral 139 inciso 2 que se ocupa de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

B. Emplazamiento válido.

El sistema legal, especialmente, la norma procesal que está comprendida en este sistema debe asegurar que los justiciables tomen conocimiento de su causa. En este orden, las notificaciones en cualquiera de sus formas indicadas en la ley, deben permitir el ejercicio del derecho a la defensa, la omisión de estos parámetros implica la nulidad del acto procesal, que necesariamente el Juez debe declarar a efectos de salvaguardar la validez del proceso.

C. Derecho a ser oído o derecho a audiencia

La garantía no concluye con un emplazamiento válido; es decir no es suficiente comunicar a los justiciables que están comprendidos en una causa; sino que además posibilitarles un mínimo de oportunidades de ser escuchados. Que los Jueces tomen conocimiento de sus razones, que lo expongan ante ellos, sea por medio escrito o verbal.

En síntesis nadie podrá ser condenado sin ser previamente escuchado o por lo menos sin haberse dado la posibilidad concreta y objetiva de exponer sus razones.

D. Derecho a tener oportunidad probatoria

Porque los medios probatorios producen convicción judicial y determinan el contenido de la sentencia; de modo que privar de este derecho a un justiciable implica afectar el debido proceso.

En relación a las pruebas las normas procesales regulan la oportunidad y la idoneidad de los medios probatorios. El criterio fundamental es que toda prueba sirva para esclarecer los hechos en discusión y permitan formar convicción conducente a obtener una sentencia justa.

E. Derecho a la defensa y asistencia de letrado.

Este es un derecho que en opinión de Monroy Gálvez, también forma parte del debido proceso; es decir la asistencia y defensa por un letrado, el derecho a ser informado de la acusación o pretensión formulada, el uso del propio idioma, la publicidad del proceso, su duración razonable entre otros. Esta descripción concuerda con la prescripción del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil: que establece que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, pero en todo caso con sujeción a un debido proceso (TUO Código Procesal Civil).

F. Derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho, motivada, razonable y congruente.

Esta prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; que establece como Principio y Derecho de la Función Jurisdiccional: la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

De esta descripción se infiere, que el Poder Judicial en relación a sus “pares” el legislativo y el ejecutivo, es el único órgano al que se le exigen motivar sus actos. Esto implica que los jueces serán todo lo independiente que deben ser, pero están sometidos a la Constitución y la ley. La sentencia, entonces, exige ser motivada, debe contener un juicio o valoración, donde el Juez exponga las razones y fundamentos fácticos y jurídicos conforme a los cuales decide la controversia. La carencia de motivación implica un exceso de las facultades del juzgador, un arbitrio o abuso de poder.

G. Derecho a la instancia plural y control Constitucional del proceso.

La pluralidad de instancia consiste en la intervención de un órgano revisor, que no es para toda clase de resoluciones (decretos, autos o sentencia), sino que la doble instancia es para que el proceso (para la sentencia y algunos autos), pueda recorrer hasta dos instancias, mediante el recurso de apelación. Su ejercicio está regulado en las normas procesales. (La casación no produce tercera instancia).

Finalmente, siguiendo al Tribunal Constitucional, corresponde diferenciar la Tutela judicial efectiva del debido proceso.

La primera supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, en cambio el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, el debido proceso tiene a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcional que toda decisión judicial debe suponer.

TITULO VII

LOS PRINCIPIOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

7.1. PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO.

Para el jurista **MONROY GALVEZ**, los principios generales del derecho, comúnmente suele considerársele como a los pilares básicos sobre los cuales se asienta una determinada concepción del Derecho; por otro lado los principios procesales no son otra cosa que la especie que conforman los principios generales del derecho, y sirven para poner de manifiesto el sistema procesal por el cual el legislador ha optado; y es por ella la razón por la que se encuentran consignadas en un Título Preliminar. (Juan Monroy Gálvez, 2003)

En el Perú, según **HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE**, el Perú se adscribe al sistema procesal publicístico derivado de la familia Romano-germánica o del Civil Law; es decir, el Juez es el principal protagonista del proceso, siendo el encargado de impulsar y orientar el desarrollo del proceso al cumplimiento de sus fines, concediéndole autoridad y medios procesales idóneos para la emisión de decisiones justas. (BUSTAMANTE., 1995)

Nuestro sistema procesal civil, en su artículo VI del Título Preliminar, reconoce este principio, el cual señala “El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Asimismo, previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso.

Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal.

Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

Nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

En este orden ideas, cuando se postula el **PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO**, se está promoviendo la igualdad material dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

El principio derecho de igualdad material, impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a

razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política en su artículo 103, prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

Para **Víctor Roberto Obando Blanco**, este principio alienta un medio esencial para que el juez pueda llenar la brecha entre la ley y la realidad. Su contenido comprende la efectiva igualdad de las partes. El juez debe impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor “justicia”. (BLANCO)

7.2. OTROS PRINCIPIOS IMPORTANTES A TENERSE EN CUENTA:

7.2.1. PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA.

Conforme al Diccionario de la Real Academia el vocablo congruencia deriva del latín ***congruentia***. Significa conveniencia, coherencia, relación lógica. Los significados que brinda este diccionario en general no se encuentran muy alejados de la esencia de la institución jurídica que analizaremos brevemente en este trabajo. Por el contrario, el vocablo incongruencia (presentado como su contracara) puede tener usos y significados que en la vida cotidiana lo hacen aparecer como un término que manifiesta algo negativo. A partir del citado diccionario la palabra

incongruencia deriva del latín incongruentia, que significa falta de congruencia y se refiere a un dicho o hecho faltos de sentido o de lógica. Entonces, tenemos que la incongruencia aparece en sentido coloquial como un vicio o atentado a la congruencia, ello se explica porque nos hemos familiarizado con el término “incongruencia” para sostener (por ejemplo) que la conducta de ciertas personas resulta “incongruente” con las ideas y principios que dice tener, lo cual se resume en que se dice una cosa y se hace otra. Así entendidas las cosas tenemos que el término incongruencia tiene un significado negativo en sentido coloquial, pero, como veremos, también se presenta la misma situación cuando se denuncia la incongruencia de determinados actos procesales.

Considero que el principio de congruencia procesal se encuentra interrelacionado con otros tópicos de mucha importancia en el Derecho Procesal, concretamente señalamos que éste se vincula estrechamente con el derecho a la motivación de resoluciones judiciales y a la búsqueda de una decisión que respete los parámetros de logicidad. No cabe duda que el principio de congruencia está ligado y forma parte del contenido esencial o constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de resoluciones judiciales⁴⁸. Ya que el juez al realizar la motivación de sus decisiones no sólo debe cuidar que éstas sean lógicas sino también congruentes. La motivación se vaciaría de contenido si el razonamiento efectuado por el juez no soporta una test de logicidad y congruencia. Con lo cual sostenemos a priori que la motivación no se agota con la sola fundamentación fáctica y

⁴⁸ Esto a partir de los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional porque originariamente nuestra Corte Suprema consideraba una idea diferente: “El principio de congruencia de las resoluciones judiciales no está referido a la debida motivación de las mismas, sino a que lo resuelto por el juez debe guardar congruencia con las pretensiones de la demanda, lo cual si se ha producido en el caso de autos”. Casación No. 1993-2000-Ucayali, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 02 de enero de 2000.

jurídica, sino que se requiere además que la argumentación que sustenta la misma debe ser congruente y lógica, la transmisión del pensamiento del juez al momento de resolver determinado petitorio debe cumplir con los parámetros ya indicados, caso contrario se puede postular la afectación al derecho constitución a motivar las decisiones judiciales.

Conforme a la doctrina este principio tiene origen en las Partidas, concretamente en la Ley 16 Título 22 de la Partida III “non debe valer el juyzio que da el juzgador sobre cosa que fue demandada ante él...”, siendo recogido por la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 en su artículo 359 “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito”. Comúnmente el Principio de Congruencia se han entendido a través del aforismo *ne eat iudex ultra petita partium*, el cual implica que el Juez no puede dar a las partes más de lo que piden, es decir que se ha restringido este principio a la identidad entre lo resuelto y lo pedido por el actor (en la demanda) y el demandado (en la contestación). Si no se produce esta identidad –entre lo pedido por las partes y lo concedido por el Juez- se habla de una decisión judicial incongruente⁴⁹.

Entonces, la palabra clave en la congruencia es la correspondencia, identidad, adecuación entre dos elementos: la pretensión y lo que se decide de ella en la sentencia, la que se puede entender según **KARLA VILELA** en tres vertientes: i) la adecuación de la sentencia a las pretensiones de las partes; ii) la correlación entre las peticiones de tutela y los

⁴⁹ “El principio de congruencia de las resoluciones judiciales no está referido a la debida motivación de las mismas, sino a que lo resuelto por el juez debe guardar congruencia con las pretensiones de la demanda, lo cual si se ha producido en el caso de autos”. Casación No. 1993-2000-Ucayali, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 02.01.00

pronunciamiento del fallo; iii) la armonía entre lo solicitado y lo decidido. (Vilela Carbajal, 2008)

Según **EZQUIAGA** el parámetro para apreciar la congruencia o incongruencia de la decisión judicial es, respectivamente, la “adecuación” o “ajuste” y el “desajuste” o “discordancia” entre la parte dispositiva de la sentencia, de un lado, y la cuestión planteada en el proceso, de otro. Este segundo elemento de la comparación para determinar si la decisión ha incurrido o no en incongruencia es el que plantea más problemas para su determinación, ya que es el que va a fijar los contenidos que obligatoriamente debe incorporar la sentencia para no incurrir en incongruencia. (Ezquiaga Ganuzas, 2000).

Cierto es que la congruencia, afirma **ENDERLE**, aparece entonces como coherencia o correspondencia lógica, como comparación o confrontación entre lo peticionado por las partes y la parte dispositiva de la resolución. No significa acogimiento de lo solicitado, sino pronunciamiento acerca de lo requerido. El tribunal, en consecuencia, deberá decidir conforme al objeto del proceso (pretensión-oposición) y la sentencia lato sensu que emita o dicte. (Enderle, 2007).

El principio de congruencia responde al fenómeno que se presenta en el proceso civil, el cual por su naturaleza responde a ser público, por estar regido por normas procesales que tienen esta cualidad; sin embargo, lo que se discute dentro de él son intereses privados, que corresponden estrictamente a las partes, por eso se dice que el juez resuelve intereses de privados, por lo cual, no puede ir más allá de lo que le piden y discuten las partes, no obstante es necesario mencionar que el proceso también tiene conexión con intereses públicos, pues le interesa la comunidad tomar conocimiento de cómo vienen resolviendo sus jueces en

casos concretos, buscando establecer una predictibilidad de las decisiones judiciales y controlando la función jurisdiccional⁵⁰. Este principio es considerado en la doctrina como una manifestación del principio dispositivo⁵¹.

Se puede decir citando a **GUASP**, que la congruencia se define como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyan el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. (Guasp, 1968)

Este principio procesal tiene otras aristas, pues esta falta de identidad se puede dar entre lo resuelto y lo pedido, pero asimismo puede estar referido a las partes, como también a los hechos de la litis, en la primera estamos ante la incongruencia objetiva⁵², en la segunda a la incongruencia subjetiva y en la tercera a la incongruencia fáctica. En resumen, hay una exigencia impuesta al juez en el proceso, la de establecer siempre una identidad respecto a las pretensiones, partes y hechos del proceso y lo resuelto en la sentencia.⁵³

⁵⁰ “El principio de congruencia constituye un postulado de lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento, toda vez que el juez debe decidir según las pretensiones deducidas en el juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida, en esto se sustenta la garantía constitucional de este abundamiento que impide al juez fallar sobre puntos que no han sido objeto del litigio, tanto más si la litis fija los límites y poderes del juez”. Casación No. 1486-1998-Callao, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 08.12.98.

⁵¹ “Nuestro sistema procesal se basa en el principio dispositivo pues el juez puede brindar tutela jurídica solo a iniciativa de parte y, por lo mismo, resulta vigente el principio de congruencia procesal, por el cual se exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve (Casación No. 1453-1999-Lima, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20.01.00).

⁵² “De lo expuesto se advierte que no ha sido demandada la nulidad del asiento registral de inscripción de la donación a favor de la Asociación recurrente; efectivamente el A-Quem ha resuelto extra petita, por lo que la recurrida ha incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 122 inciso 3 del C.P.C., quebrantándose el principio de congruencia procesal, al respecto el tratadista Colombiano Hernando Devis Echandía señala que existe esta incongruencia cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra o cuando además de otorgar las primeras concede algo adicional, y cuando se otorga lo pedido, pero por otra causa petendi diferente a la invocada”. Casación No. 3148-99-Ayacucho, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 25.08.01.

⁵³ “El agravio referente a la contradicción en los considerandos de las resoluciones judiciales no constituye en estricto afectación al principio de congruencia, pues el citado

7.2.2. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

El Principio de Preclusión, se basa en la pérdida o extinción de una facultad o potestad procesal. El fundamento de la preclusión se encuentra en el orden consecutivo del proceso, es decir, en la especial disposición en que se han de desarrollar los actos procesales.

Edgardo Pallares, sostiene que la preclusión "es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercido oportunamente y en la forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido alguna obligación de la misma naturaleza". También explica este autor "que el término judicial es el tiempo en que un acto procesal debe llevarse a cabo para tener eficacia y valor legal".

Por otro lado el catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Panamá, Doctor Pedro J. Barsallo, al referirse al principio de preclusión explica: "En síntesis la vigencia de este principio en el proceso hace que el mismo reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del tribunal, dentro de fases o períodos, de manera que determinados actos procesales deben corresponder necesariamente a determinados momentos, fuera de los cuales no pueden ser efectuados y de ejecutarse carecen totalmente de eficacia" Por este principio adquieren carácter firme los actos cumplidos dentro del periodo pertinente, y se extinguen las facultades procesales que no se ejercerán durante su transcurso.

principio se refiere a otras situaciones en las que no existe identidad entre lo que se peticiona en la demanda y lo que resuelve en juez en la sentencia, como son los casos de los fallos ultra, infra o extra petita". Casación No. 3267-99-Lima, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 02.01.01.

7.2.3. PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

Según **ALEXANDER RIOJA BERMUDEZ**, considera que este principio está ligado con la diferencia, a veces sutil, que existe entre una estrategia procesal y una conducta maliciosa. Este principio impone el deber de las partes de presentar todo su caudal probatorio (sea de la pretensión o defensa) en un momento determinado. La realización o incumplimiento de este principio, trae la dilación de los procesos, e incita la deslealtad procesal. Al haber asumido como requisito de admisibilidad que los medios probatorios se acompañen en la etapa postulatoria (artículo 189°), se ha incorporado en el código este principio. (BERMUDEZ, 2010)

Este principio está estrechamente vinculado con el principio de concentración, así como, con el de preclusión, configura otra de las manifestaciones en que se traduce el principio de economía, en virtud del cual todas las alegaciones que son propias de cada uno de los periodos preclusivos en que se divide el proceso deben plantearse en forma simultánea y no sucesiva. (GOZAINI, 2014)

TITULO VIII

LA PRETENSIÓN PROCESAL

8.1 DEFINICIONES

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como la solicitud para conseguir una cosa que se desea; derecho bien o mal fundado que uno juzga tener sobre una cosa.

En el siglo XX, el término pretensión fue admitido progresivamente en las legislaciones del Derecho Procesal Civil, surgiendo la tendencia a ser generalizado a las diversas especialidades del Derecho Procesal; en tal perspectiva, corresponde su estudio como un tema de la Teoría General del Proceso.

La importancia de la pretensión es académica, política y práctica, porque independiza los alcances de los términos acción y pretensión, aporta un criterio de organización y sistematización de conceptos, promueve la inquietud para indagar por los derechos paralelos del actor y el emplazado en el proceso, la pretensión es el elemento central de la demanda, el objeto del proceso y de la sentencia, según la opinión de un sector de la doctrina procesal; de otro lado, auxilia al legislador en la calificación de circunstancias, previsión de requisitos de admisibilidad y procedibilidad; desde el punto de vista práctico, instruye y facilita a los operadores de todas las especialidades del derecho procesal a redactar los actos procesales postulatorios y de decisión, con propiedad en forma sistemática.

8.2 PRETENSIÓN MATERIAL Y PRETENSIÓN PROCESAL.

LA PRETENSIÓN MATERIAL. Denominada también pretensión sustancial, es la manifestación de voluntad de uno o más sujetos de derecho, auto atribuyéndose la titularidad de un bien con exclusión o en participación terceros. Las pretensiones materiales pueden

tener o no importancia para el Derecho; cuando tienen importancia, trascendencia o contenido jurídico, están reguladas en el derecho material, con prevención de sus efectos, es decir, con especificación de los imperativos que asiste a los sujetos vinculados a la pretensión.

Se denomina pretensión material o sustancia, porque toda pretensión se da en la experiencia empírica, en la vida social humana, en la interrelación social; puede devenir de un conflicto, cuando se exige la atención o satisfacción del bien a un tercero o compartirlo con él; puede devenir de una incertidumbre, cuando el titular no tiene seguridad jurídica o le falta reconocimiento social respecto a uno o más bienes. Desde este punto de vista, las fuentes inmediatas de toda pretensión son los conflictos o las incertidumbres humanas. La fuente formal está en el derecho material, en las normas jurídicas que regulan los derechos de las personas individual o socialmente consideradas, en las normas que regulan las relaciones de las personas con los bienes y en sus relaciones intersubjetivas de orden privado o público: en el derecho constitucional, civil, comercial, minero, industrial, penal, etc.

La pretensión material es una manifestación de voluntad. Esto significa una declaración de un sujeto activo, que pretende o quiere satisfacer un interés o un derecho subjetivo. Para que una pretensión material con relevancia para el derecho tenga validez, se requiere que la manifestación sea declarada por su titular o representante, quien debe reunir los requisitos de capacidad de discernimiento, intención y libertad. El régimen de excepción está en las pretensiones materiales vinculadas a derechos de orden público frente a las cuales los ordenamientos, generalmente reconocen un régimen de titularidad extraordinaria en la declaración de esas pretensiones; por ejemplo, en Derecho Constitucional con respecto a pretensiones de garantía constitucional; en pretensiones de habeas corpus cualquier persona, en pretensiones de

inconstitucionalidad, ciertas instituciones; en Derecho Penal, con respecto a la pretensión punitiva, el Ministerio Público, etc.

Los sujetos de toda pretensión con relevancia jurídica son sujetos de derecho, estas son: personas naturales, el concebido, personas jurídicas, con o sin reconocimientos; tales sujetos pueden asumir la condición de sujetos activos o pasivos indistintamente. El concebido tiene un régimen de excepción, solamente puede ser sujeto de una pretensión siempre que el objeto de la misma le favorezca, según la generalidad de ordenamientos. Los sujetos de la pretensión pueden ser activos y pasivos; los primeros son aquellos que se irrogan el ser titulares de los derechos sobre el bien o bienes objeto de la pretensión o que exigen una sanción para el infractor; los sujetos pasivos de la pretensión son los emplazados a satisfacer el derecho amenazado o violado, los obligados a cumplir una sanción.

Toda pretensión importa autoatribución de titularidad, es decir, el sujeto activo de la pretensión debe sostener tener derecho de preferencia, prerrogativa, preeminencia, poder, ventaja, al final uno o más derechos subjetivos, exclusivos o en participación con otros sobre el bien que pretende. La autoatribución de titularidad en la pretensión material puede ser directa o personal, por representación convencional, legal, en procuración y extraordinaria.

Toda pretensión tiene por objeto uno o más bienes de la vida. Son bienes de la vida toda categoría de existencia sobre la cual recae el interés humano, con valor económico, vital o moral; si tales bienes o intereses están reconocidos por el derecho la pretensión es jurídica y dan lugar a irrogación de derechos subjetivos, contrario sensu, se tratará de pretensiones sin contenido o sin importancia para el derecho.

Toda pretensión tiene o no relevancia para el derecho. Al derecho en general le interesa solamente las pretensiones con relevancia

jurídica, que estén reconocidas en el sistema jurídico, aquellas cuyo petitorio y fundamentos de hecho tienen coherencia con el derecho vigente, solo así podrán ser objeto de tutela jurídica, de protección jurídica, solo así podrán ser reclamadas ante un órgano jurisdiccional. Cuando la pretensión reúne este requisito se dice que la pretensión es improponible, que el caso no es justiciable jurisdiccionalmente.

La pretensión material existe antes o fuera del proceso jurisdiccional, su existencia se da en la realidad social. La pretensión material derivada de un conflicto es expresa cuando se la exterioriza por parte de un pretensor en contra de un emplazado; puede ser latente cuando el titular tiene identificada su pretensión pero no la manifiesta, la mantiene en reserva. La pretensión material derivada de una incertidumbre siempre es latente, su exteriorización supone exigiría ante un órgano jurisdiccional competente y en tal caso se convierte en pretensión procesal. (CARNELUTTI, 1942)

8.3 ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN PROCESAL.

Es la pretensión material con relevancia jurídica formalizada por el actor ante un órgano jurisdiccional, generalmente dirigido a un tercer emplazado, en la que se precisa una petición, fundamentada, destinada a obtener un pronunciamiento favorable respecto a la satisfacción o atención en uno o más bienes o la imposición de una sanción.

La pretensión procesal es la pretensión material formalizada ante un órgano jurisdiccional. Esta característica fija la diferencia entre pretensión material o procesal; la primera supone una manifestación del pretensor hecha directamente a un emplazado u obligación a satisfacer una petición; mientras que la pretensión procesal supone la misma manifestación, pero hecha ante un órgano jurisdiccional

competente, tercero destinatario imparcial, al que se le solicita inicie y dirija la composición de un proceso y emita a favor del pretensor un pronunciamiento favorable en su oportunidad. (GUASP, 1951)

La pretensión procesal se formaliza en un acto procesal. La demanda, la denuncia, la queja o querella, es el acto procesal en el que se formaliza la pretensión procesal. La nominación es instrumenta, se adapta al tipo de proceso atendiendo a su especialidad, civil, penal o administrativo. En cualquiera de los casos, la pretensión procesal constituye el objeto de aquel acto procesal postulatorio y según un sector respetable de la doctrina, constituye el objeto del proceso y del acto jurisdiccional más importante denominado sentencia.

La pretensión procesal la formaliza el actor. El actor, denominado también demandante, ejecutante, denunciante, querellante, sujeto activo de la pretensión, pretensor; en cualquiera de las nominaciones, debe ser un sujeto de derecho, que actúe por derecho propio o mediante representante.

El acto al formalizar la pretensión procesal debe reunir los requisitos de capacidad procesal; en su caso, actuará mediante representante legal y en cualquiera de los supuestos con asesoría letrada, salvo excepciones previstas. Esta es la *sindéresis* de la generalidad de ordenamientos, las exigencias expuestas responden a la necesidad de organizar el proceso con orden, razonabilidad y coherencia. (Parra Quijano, 1985)

La pretensión procesal se dirige a un tercero emplazado. El emplazado con la pretensión procesal es el demandado, ejecutado, denunciado, querellado; de igual forma, en cualquiera de las nominaciones debe ser un sujeto de derecho, que de igual forma actuará por derecho propio o mediante representación legal o

convencional, para preservar las condiciones de igualdad procesal. Excepcionalmente, la pretensión procesal no está dirigida a un tercero, emplazado obligado a satisfacerla o cumplir una sanción; tal régimen de excepción se da tratándose de pretensiones derivadas de incertidumbre con relevancia jurídica, en tales casos, la pretensión está dirigida a satisfacer inseguridades o a lograr reconocimiento de derechos por parte de la autoridad competente.

Al formalizar la pretensión procesal se precisa una petición fundamentada. El contenido de la petición su importancia, así como la sustentación de los fundamentos se desarrollarán al hablar de los elementos de la pretensión.

La finalidad. La pretensión procesal tiene por finalidad satisfacer derechos subjetivos del titular o lograr la imposición de sanciones. Los derechos subjetivos se satisfacen mediante una sentencia favorable de declaración pura o estricta del derecho reclamado, de constitución de derechos a favor del actor o su representado, la imposición de una condena pecuniaria o pena de otro tipo a ser cumplida por el emplazado. (Echandía, 1984)

8.4 CLASIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN PROCESAL.

8.4.1 ATENDIENDO A LAS ESPECIALIDADES DEL DERECHO PROCESAL.

La pretensión procesal, como un tema de la teoría general del proceso, se vincula a todas las especialidades del derecho procesal, sin perjuicio de las características singulares que tenga en cada área en especial; bajo esta perspectiva, una primera clasificación de la pretensión procesal se asigna

atendiendo a las especialidades del derecho procesal. Esta clasificación permite verificar las áreas de su aplicación.

Las especialidades del derecho procesal generalmente conocidas son: derecho procesal civil, derecho procesal de familia, derecho procesal laboral, derecho procesal administrativo, derecho procesal penal, derecho procesal constitucional, derecho procesal administrativo, derecho procesal alternativo. Conforme a tal supuesto la pretensión procesal puede ser de derecho procesal constitucional, civil, penal, administrativo, laboral, etc.

8.4.2 ATENDIENDO A LOS TIPOS DE PROCESOS.

PROCESOS DE COGNICIÓN O CONOCIMIENTO.

Conforme a los cuales se conocen pretensiones procesales sujetas a un régimen legal de mayor, regular o menor cuantía; las pretensiones estimadas con mayor, regular o menor complicación de las relaciones jurídicas o complejidad probatoria. Estos procesos se subdividen en procesos de conocimiento puro, abreviados y sumarios.

PROCESOS DE EJECUCIÓN. Conforme a los cuales se conocen pretensiones de ejecución que tienen por objeto lograr la ejecución o cumplimiento forzado de una obligación declarada y reconocida por el ordenamiento con mérito ejecutivo. Estos procesos y por tanto las pretensiones de este orden se subdividen: a) en pretensiones de ejecución de dar sumas de dinero, de dar bienes muebles, de hacer y de no hacer; b) de ejecución de resoluciones judiciales; c) de ejecución de garantías; d) ejecución forzada.

PROCESOS CAUTELARES. En los cuales se conocen pretensiones que tienen por objeto la imposición de una medida de seguridad, urgente, provisional y vigente mientras se decida el mejor derecho en otro tipo de proceso. Estos procesos y por tanto las pretensiones de este tipo se subclasifican en : a) medidas para futura ejecución forzada (embargo, secuestro, intervención, administración de bienes, inscripción registral); b) medidas temporales sobre el fondo (asignaciones anticipadas, desalojo, restitución de la posesión) ;c) medidas innovativas (paralización de edificaciones, medidas de seguridad); d) medidas de no innovar (prohibiciones destinadas a evitar perjuicios o a mantener un estado o situación existente).

Las pretensiones voluntarias o no contenciosas, tienen por finalidad dar seguridad jurídica a efecto de superar las incertidumbres con relevancia jurídica; pueden estar referidas a inventarios, administración judicial de bienes, adopciones, autorización para disposición de bienes, declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, formación del patrimonio familiar, pago en consignación, comprobación de testamentos, declaración de herederos, etc.

Las pretensiones de garantía constitucional, vinculadas a la tutela de derechos fundamentales, mediante el habeas corpus, el habeas data, el amparo, la acción de cumplimiento, la acción popular y de inconstitucionalidad.

8.4.3 ATENDIENDO AL OBJETO DE LA PRETENSIÓN (AL PETITORIO)

La pretensión procesal puede ser de declaración pura o simple de derechos; de declaración constitutiva y de declaración de condena.

Pretensiones de declaración simple o pura; peticionan la declaración o reconocimiento de uno o más derechos por parte del órgano jurisdiccional a favor del actor o su representado.

Pretensiones de declaración constitutiva de derechos; denominada también de constitución de derecho; son aquellas que peticionan la creación, modificación o extinción de una situación o relación jurídica no existente hasta el momento del pronunciamiento jurisdiccional.

Pretensiones de declaración de condena; peticionan la imposición de una carga, es decir, el cumplimiento de una obligación patrimonial o de derechos reales, derivada de responsabilidad contractual o extracontractual; en otros casos, la imposición de una pena en alguna de las modalidades previstas en el ordenamiento.

8.5 ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

Se habla de acumulación cuando en un proceso se reúnen, refunden o en él se integran varias pretensiones, varios procesos o varias acciones. Las modalidades y condiciones de esos supuestos se revisan en esta parte.

La conexión en los elementos de la pretensión o en las circunstancias son los factores que determinan la acumulación. La conexión basada en los elementos de la pretensión ocurre cuando dos o más pretensiones tienen elementos comunes que ameritan acumular o refundir varias pretensiones en un proceso; desde este punto de vista la acumulación se realiza atendiendo al objeto y a los sujetos de la pretensión, entonces se habla de acumulación objetiva y subjetiva.

La conexión basada en las circunstancias, ocurre cuando se presentan causales de orden lógico que ameritan la acumulación; una circunstancia se integra básicamente con la conducta humana, un tiempo, móviles y fines específicos, consecuencias concretas y un contexto respecto a un quehacer determinado; desde este punto de vista, la acumulación se realiza y justifica atendiendo a la economía del tiempo en el proceso, las causas o fines perseguidos por los sujetos implicados (acumulación ideológica), las consecuencias de la conducta (acumulación ocasional).

Con estos antecedentes y teniendo en cuenta el fin del proceso; la acumulación en el proceso civil se ordena con mayor propiedad aplicando el criterio de conexión en los elementos de la pretensión, de allí que la acumulación es objetiva y subjetiva, básicamente. La acumulación en el proceso penal, se ordena con mayor propiedad aplicando además el criterio de conexión basado en razones lógicas o de circunstancias, de allí que la acumulación es objetiva, subjetiva, ideológica, consecuencial y ocasional.

La acumulación se justifica en atención a la necesidad de economía procesal, concentración procesal, asegurar una decisión jurisdiccional coherente, evitando contradicción y transgresión a la cosa juzgada. (GUASP, 1951) Justifica la acumulación de pretensiones en la necesidad de armonía procesal a efectos de

evitar decisiones contradictorias y por economía procesal, que aconseja ahorro de gastos de dinero, tiempo y esfuerzos, unificando el tratamiento de dos o más pretensiones cuando existan comunidad de elementos.

- **ATENDIENDO AL OBJETO DE LA PRETENSIÓN (acumulación objetiva).** Es posible reunir dos o más pretensiones en un proceso, teniendo en cuenta el objeto: la nominación del petitorio, lo que se pide.

Acumulación objetiva simple. Concurso de varias pretensiones en el proceso, formalizada en la demanda, con la ampliación de la demanda o incorporadas con posterioridad en la forma pertinente. En otros términos diversas pretensiones se reúnen y reclaman de modo concurrente al emplazado y por medio del órgano jurisdiccional. La demanda o la denuncia son los actos procesales típicos en los que se formalizan este tipo de acumulación.

Acumulación accesoria. Se denomina también consecencial, dependiente o secundaria. Consiste en que se formalizan o concurren en el proceso una pretensión principal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias.

Acumulación subordinada o eventual. Cuando concurren dos pretensiones y el actor pide que se declare fundada la segunda, para el caso que no se ampare a la primera. En otros términos, cuando la pretensión calificada como tal (subordinada, eventual o subsidiaria), queda sujeta a la eventualidad que no sea amparada la pretensión propuesta como principal.

Acumulación alternativa. Cuando se interponen o concurren dos pretensiones y de ser fundadas, puede el demandado ejercer la facultad de cumplir con la sentencia eligiendo una de las dos pretensiones, alternativamente a su elección. Es necesario que el actor precise el carácter alternativo de sus pretensiones, supuesto que significará que el demandado optará por una de las dos para el caso de resultar fundadas. Si en la ejecución de sentencia el obligado no decide por la opción, el actor queda en libertad para elegir la alternativa.

8.6 ACUMULACIÓN DE PROCESOS.

La acumulación de procesos ocurre cuando en un solo proceso se reúnen o refunden otros procesos para su composición y resolución conjunta a fin de evitar duplicidad de actuaciones y pronunciamientos. Esta modalidad de acumulación se denomina también acumulación sucesiva por reunión de procesos, pudiendo ser ordenada de oficio o a solicitud de parte.

ALZAMORA, refiere que a la acumulación de procesos también se llama acumulación de autos y se **produce** cuando existe conexidad jurídica entre aquellos y su objeto es evitar resoluciones contradictorias. Agrega que existen dos factores determinantes de aquella conexidad jurídica: uno de orden material, consistente en un hecho, título, cosa o derecho y; un segundo elemento de orden formal, consistente en las resoluciones finales que deban pronunciarse respecto a la misma relación jurídica en los procesos acumulables.

8.7 ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

Importa la concurrencia de dos o más acciones sucesivas deducidas por diversos sujetos, en un solo proceso.

ECHANDÍA, identifica tres situaciones en las que ocurre la acumulación de acciones en un mismo proceso: a) cuando se demanda en vía de reconvención; b) cuando se produce acumulación de procesos; c) cuando ocurre intervención ad excludendum.

La acumulación de acciones mediante reconvención, opera por lo general sólo en procesos civiles, cuando el demandado al contestar la demanda formaliza otra demanda con una o más pretensiones en contra del actor. Los procesos penales, en cualquier especialidad, administrativos y laborales, no admiten la acumulación de acciones por la vía de reconvención, por entender que tal proceso se inicia por el Ministerio Público, en su condición de representante de la sociedad y del Estado y el proceso tutela intereses de orden público, resultando bajo tal hipótesis irrazonable una reconvención, en la que se formaliza una pretensión en contra del propio Estado o de la sociedad.

Acumulación de acciones por efecto de la acumulación.

Es permisible esta modalidad de acumulación en el proceso civil, para los casos que sean dos o más los actores o el concurso de reconvenciones por diversos agentes. En los procesos laborales solo sería permisible para los casos que la legislación admita el concurso de varios actores con diversos títulos. En los procesos penales no hay acumulación para el ejercicio de la acción penal, por cuanto el titular de su ejercicio es el Ministerio Público que representa a la sociedad y el orden público, pero sí para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, en cuanto se destina a la

obtención de la reparación civil. En el derecho procesal laboral sería permisible en el Perú y solo podría serlo si se admitiera acción reconvencional.

Acumulación de acciones ad excludendum.

Esta modalidad de acumulación de acciones se presenta cuando en un proceso intervienen terceros persiguiendo la tutela jurídica respecto a derechos subjetivos propios reconocidos como terceristas de propiedad o de pago.



CAPÍTULO III
METODOLOGÍA DE
LA INVESTIGACIÓN

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

A) INVESTIGACION NO EXPERIMENTAL.

Esta investigación se limita a evaluar los efectos de la aplicación del artículo 345-A del Código Civil en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del Tercer Pleno Casatorio Civil, encontrados en resoluciones casatorias emitidas por la Sala Civil Transitoria y Permanente; cuyos datos no han sido manipulados, sino que han sido recogidos de la realidad, en consecuencia, esta investigación es por su diseño **NO EXPERIMENTAL**.

B) DESCRIPTIVA-EXPLICATIVA.

En la medida que describiré, explicaré y analizaré los efectos de la aplicación de lo prescrito en el artículo 345^o-a del código civil, en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho en el distrito judicial de la Libertad, la presente obedecerá a una de tipo de investigación **Descriptiva - Explicativa**; es decir, presentaré, detallaré, interpretaré y explicaré lo referente a estas instituciones jurídicas, presentando los aspectos conceptuales de las mismas, su presencia en otras legislaciones, su tratamiento en el sistema jurídico peruano y la problemática que presentan en nuestro país.

C) APLICADA.

La presente investigación responde a una de tipo aplicada en la medida que los resultados obtenidos podrán ser aplicados en forma inmediata en la solución de esta problemática, de ahí que, ante la determinación de su naturaleza nos permitirá inferir que se podrá contribuir y obtener resultados en la administración de justicia.

2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES:

CUADRO N° 01⁵⁴

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
Efectos de la aplicación del artículo 345-A del Código Civil en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del Tercer Pleno Casatorio Civil	DOCTRINARIOS	<u>AUTORES NACIONALES:</u> <ol style="list-style-type: none"> 1. Espinoza Espinoza, J., 2. Cabello Matamala, C. 3. Fernández Sessarego, C. 4. Gutiérrez Camacho, W. 5. Rebaza Gonzáles, A. 6. Monroy Gálvez, J. 7. Hinostroza Mínguez, A. 8. Mallqui Reynoso, M. 9. Muro Rojo, M. 10. Osterling Parodi, F. 11. Peralta Andía, J. 12. Plácido Vilcachagua, A. 13. Varsi Rospligiosi, E.
		<u>AUTORES EXTRANJEROS:</u> <ol style="list-style-type: none"> 1. Muñoz Azpiri, José Luis. 2. Baquero Rojas, Edgard. 3. Buenrostro Baez, Rosalía. 4. Velásquez Gómez, Juan. 5. Kemelmajer de Carlucci, A. 6. Pizarro Ramón, D. 7. Velásquez Gómez, J. 8. Carnelutti Francisco. 9. Echandía Devis, Hernando. 10. Guasp Delgado. Jaime. 11. Monroy Cabra, G. 12. Ovalle Favela, José. 13. Parra Quijano, Jairo.
	NORMATIVOS	<u>SUPRANACIONALES</u> <ol style="list-style-type: none"> 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵⁴ Elaboración propia.

		<p>2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).</p> <p>3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos.</p> <p>4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</p> <p><u>NACIONALES:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política del Perú de 1993. • Código Civil 1984. • Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.
	JURISPRUDENCIA	<p>ANTES DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL</p> <p>DESPUÉS DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL</p>
	POSICIÓN DOCTRINARIA.	<p>1. A FAVOR DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL</p> <p>2. EN CONTRA DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.</p>
	ESTADÍSTICA	PROCESOS DE DIVORCIOS REGISTRADOS SEGÚN LA INEI.

3. POBLACIÓN Y MUESTRA

CUADRO N° 02⁵⁵

DISTRIBUCIÓN DE MUESTRA						
TÉCNICAS	UNIDADES DE ANÁLISIS	S. S	POBLACIÓN	MUESTRA	%	
RECOPIACIÓN DOCUMENTAL	Sentencias de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho.	RESOLUCIONES JUDICIALES EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL AÑO 2010	07	07	07	36.84%
		RESOLUCIONES JUDICIALES EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL AÑO 2011	02	02	02	10.52%
		RESOLUCIONES JUDICIALES EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL AÑO 2012	05	05	05	26.32%
		RESOLUCIONES JUDICIALES EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL AÑO 2013	05	05	05	26.32%
TOTAL		19	19	19	100%	

⁵⁵ Elaboración propia.

3.1 FÓRMULA:

En la medida que he trabajado con el 100% de la población no ha sido necesario trabajar con fórmula.

3.2 MUESTREO:

NO PROBABILÍSTICO, puesto que todas las resoluciones judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia, que conformaron la población, han sido elegidas por la investigadora utilizando la modalidad de RESOLUCIONES TIPO.

3.3 REQUISITOS DE LA MUESTRA

3.3.1 Representativa: Debido a que el número de unidades de análisis trabajadas en la muestra es acorde al tamaño de la población.

3.3.2 Válida: El tamaño de la muestra está relacionada con los objetivos del estudio y porque la muestra tiene las mismas características que la población de donde se obtuvo.

3.3.3 Confiable: Porque es representativa y válida, puesto que la cantidad de unidades de análisis tomadas para la muestra es proporcional con el número de unidades de análisis tomadas para la población.

4. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.

4.1 EN LA INVESTIGACIÓN:

- **MÉTODO CIENTÍFICO.**

La presente investigación se ha desarrollado a través del método científico, entiéndase a ésta como: *“el estudio sistemático, controlado, empírico y crítico de proposiciones hipotéticas acerca de presuntas relaciones entre varios fenómenos”*

Es decir, que se entiende por este método, a el proceso mediante el cual una teoría científica es validada o bien

descartada y contiene una serie ordenada de pasos a seguir para la resolución de un problema determinado.

En el presente caso, se aplicó este método en toda la investigación, desde el momento que se ha descrito la realidad problemática, se formuló el problema, la hipótesis, se fijaron las variables, los objetivos, la justificación del tema de investigación, se planteó el marco teórico, hasta llegar a los resultados de la investigación.

4.2 MÉTODOS EN LA RECOPIACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS.

4.2.1 MÉTODOS GENERALES O LÓGICOS:

- **MÉTODO ANALÍTICO.**

Consiste en considerar por separado las partes de un todo mediante una operación intelectual. Las nociones de parte y todo son correlativas; el todo supone las partes, las partes suponen el todo. Este método ha sido empleado para analizar los resultados obtenidos, y a su vez, al momento de elaborar los resultados, conclusiones, recomendaciones y el resumen en la presente investigación.

- **MÉTODO SINTÉTICO.**

Reúne las partes que se separaron en el análisis para llegar al todo. La síntesis le exige la capacidad de trabajar con elementos para combinarlos de tal forma que constituyan un esquema o estructura que antes no estaba presente con claridad. Este método se ha empleado a lo largo de toda la investigación para poder redactar y resumir de manera idónea.

Principalmente, al momento de realizar el marco teórico.

- **MÉTODO INDUCTIVO.**

Método mediante el cual el investigador parte de la información recogida mediante sucesivas observaciones para, mediante la generalización establecer una ley lo más universal posible. Es el que se basa en verdades particulares, de las que obtenemos una verdad universal.

Este método es utilizado tanto en la recolección de información, como en la elaboración de los marcos que comprenden la fundamentación teórica al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular tomando como esencia a la normatividad, y el aspecto procesal y constitucional. De igual manera, será empleado para el análisis de diversas sentencias.

- **MÉTODO DEDUCTIVO.**

Método que consiste en partir de una ley general para, mediante la lógica, extraer implicaciones o deducciones que puedan ser contrastadas en la realidad. También, es el que parte de una verdad universal y por medio de otras verdades intermedias nos lleva a una verdad particular o menos universal que la primera. Asimismo este método es empleado en la elaboración de las conclusiones y recomendaciones, precisando los resultados de todo el proceso de investigación, aplicándose el método Deductivo a partir de verdades previamente establecidas

como principios generales se aplican a casos individuales comprobando su validez.

- **MÉTODO ESTADÍSTICO**

Método que se empleó al momento en que se recogerá la información cuantitativa y cualitativa de la presente tesis, así como cuando se trabaje con la población y la determinación de la muestra.

De igual manera se empleó en el desarrollo del Capítulo Resultados y Discusión, para la elaboración de cuadros resúmenes como consecuencia de los datos recogidos como resultados en la presente investigación.

El mismo es utilizado para el análisis y procesamiento de la información recogida de las entrevistas realizadas, la que sirvió para la elaboración de los cuadros estadísticos comparativos.

- **METODO MATEMÁTICO:**

Método que utilicé en el Capítulo IV de Resultados y Discusión, el cual me permitió realizar la tabulación, y sumatorias de porcentajes que fueron necesarios en el Sub Capítulo I de las Estadísticas, y en mi Sub Capítulo III de las Sentencias Casatorias Antes y Después del Tercer Pleno Casatorio.

4.3 MÉTODOS JURÍDICOS O ESPECÍFICOS.

Estos métodos son fundamentales en la elaboración de la presente investigación en la medida que se ha estudiado, analizado e interpretado las normas que regulan el Divorcio por la causal de separación de Hecho, en concordancia con

lo resuelto en el Tercer Pleno Casatorio e incluso se ha recurrido a normas supranacionales y al análisis de los convenios internacionales de los cuales formamos parte.

- **MÉTODO DOCTRINARIO**

Método que ha sido empleado para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas y corrientes sobre el tema de investigación, tanto de autores nacionales como internacionales, de los cuales se ha extraído sus aportes más importantes relacionados con el presente trabajo de investigación.

- **MÉTODO INTERPRETATIVO**

Método que se ha empleado esencialmente para lograr procesar, analizar y explicar lo prescrito por las normas civiles, procesales civiles, constitucionales, y a la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia en el Tercer Pleno Casatorio, concerniente al tema materia de investigación, de nuestro ordenamiento jurídico.

- **MÉTODO HERMENÉUTICO**

Método que ha sido utilizado en el análisis e interpretación de textos legales, y de la legislación positiva en materia de derecho civil de familia, procesal civil, y constitucional básicamente, pero no sólo agotado por la totalidad de disposiciones que forman el orden jurídico.

- **MÉTODO HISTÓRICO.**

Método que ha sido empleado al momento de realizar la búsqueda de antecedentes referentes al tema materia de investigación, consistente básicamente en

tesis previas que guarden relación con el tema, como al momento de elaborar el marco histórico y contextual.

5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

❖ DE LA LECTURA : Instrumentos Senso Perceptuales

Como base del contacto del investigador con el hecho o fenómeno científico relevante para los fines de la investigación, el instrumento que se ha utilizado es los **INSTRUMENTOS SENSO PERCEPTUALES**, especialmente mediante la lectura de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, en lo referido a los procesos de Divorcio por la causal de separación de hecho, en las cuales se ha recogido información valiosa en base a las situaciones que personalmente perciba, referidas a los fundamentos que se sustentan los jueces para emitir su pronunciamiento, que me han permitido analizar, sintetizar e interpretar cada caso en particular. Asimismo, dicha técnica será empleada en todo el procedimiento de recolección de información, permitiendo el análisis de la recopilación documental materializada y desmaterializada.

- **Análisis de contenido:** Nos ha permitido analizar la legislación y doctrina nacional, en materia de Derecho de Familia, en lo referido los efectos de la aplicación de lo prescrito en el artículo 345º-a del código civil, utilizándose como instrumentos guías de observación con los ítems predeterminados en el análisis de cada una de las sentencias emitidas en los expedientes judiciales en lo que respecta a Procesos de Divorcio.
- **Fichaje:** De acuerdo a los avances tecnológicos ésta técnica ha sido reemplazada en un 80% por el empleo del uso del internet, del escaneo y del fotocopiado, las cuales se han empleado en nuestra etapa de recolección de información, a fin de almacenarla y procesarla debidamente en el momento respectivo o en la elaboración del Informe final.

- **Recopilación Documental: Libros Materializados, Libros Desmaterializados, y Guía de Observación**

Esta técnica fue aplicada para obtener la información contenida en resoluciones judiciales en las que se ha emitido pronunciamiento antes y después del Tercer Pleno Casatorio Civil; por tanto, esta técnica me ha servido para elaborar el Subcapítulo III de las resoluciones judiciales de mi Capítulo IV de Resultados y Discusión. El instrumento utilizado en la aplicación de esta técnica, ha sido la **GUÍA DE OBSERVACIÓN**.

- **Recopilación documental materializada**, empleando como instrumento la *copia documental*, el cual ha sido usado a través del empleo de fotocopiado de distintos textos, pudiendo ser libros, revistas, artículos, etc.

- **Recopilación documental desmaterializada**, hemos empleado como instrumento el Internet, el cual será usado a través de herramientas de navegación como Browser para la recolección de documentación desmaterializada, logrando obtener mediante el acceso a clientes FTP, enciclopedias virtuales, bibliotecas virtuales de universidades y base de datos de distintas instituciones, así como de centros de investigación.

- Por los adelantos tecnológicos permiten transferencia de datos por correos electrónicos.

- **Estadística descriptiva**: Nos permitirá procesar los datos y su ulterior presentación en cuadros y gráficos estadísticos, utilizando las medidas de tendencia central.

6. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.

A continuación detallaré minuciosamente como he llevado a cabo el procedimiento de recolección de información:

PRIMER PASO: Visité las Bibliotecas especializadas en Derecho (UPAO, UNT, UPN, Colegio de Abogados) a fin de recabar la información materializada, comprendida por libros, artículos y ensayos jurídicos publicados en revistas de Derecho Civil y Procesal Civil, y demás documentos que desarrollan el tema de la presente investigación. En este paso, utilicé la técnica del fotocopiado, la cual me permitió contar con reproducciones de dichos documentos, y sirvió como soporte bibliográfico en el desarrollo del tema de investigación. Para ello, se hizo necesario previamente, realizar las coordinaciones administrativas a efectos de averiguar los horarios de atención de las mismas.

SEGUNDO PASO: Procedí a realizar la búsqueda de la información desmaterializada, visitando para ello: bibliotecas virtuales, y blogs, los cuales me permitieron recabar información sobre el divorcio por la causal de separación de hecho y demás títulos que comprende el Marco **Teórico** del Capítulo II de Fundamentación Teórica. En este paso, utilicé los instrumentos consistentes en las páginas web, que fueron de gran ayuda para la información recopilada. Para ello, se hizo necesario previamente, crear carpetas para la posterior clasificación de la información obtenida.

TERCER PASO: Creé el archivo correspondiente para establecer el esquema del presente trabajo de investigación, identificando los capítulos y subcapítulos del mismo, para la realización de una ordenada recopilación de información.

CUARTO PASO: Se realizó la búsqueda y obtención de las sentencias en las diferentes páginas de internet y principalmente en la página virtual del Poder Judicial

QUINTO PASO: Se procedió a organizar, ordenar, clasificar, y depurar la información materializada que se encontró, a través de folders, la misma que se realizó teniendo en cuenta el tema que contenían, y el grado de su aportación a la presente investigación.

SEXTO PASO: De igual forma, se procedió a organizar, ordenar, clasificar y depurar la información desmaterializada que se recopiló, en las carpetas que se crearon para cuyo efecto, la misma que se realizó, teniendo en cuenta el tema que contenían (acuerdos plenarios, legislación **comparara**, y otros), y el grado de su aportación a la presente investigación.

SÉTIMO PASO: Se procedió a elaborar los cuadros y/o gráficos de los datos estadísticos obtenidos por la INEI, asimismo de las sentencias casatorias emitidas antes y después del Tercer Pleno Casatorio Civil por la Corte Suprema de Justicia de mi capítulo IV de Resultados y Discusión, para su posterior estudio, análisis y discusión.

OCTAVO PASO: Apliqué las técnicas e instrumentos que fueron señalados, los cuales me permitieron obtener mis resultados, y realizar la **contrastación** y comprobación de la hipótesis.

7. DISEÑO DE PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.

Una vez recolectada la información que sirvió de base para la investigación, gracias al uso de técnicas y el apoyo de los instrumentos de investigación, se procedió de la siguiente manera:

Depuración de la Información

El primer paso que se llevó a cabo, es la depuración de la información, es decir, se escogió la información que se consideró de mayor importancia y trascendencia para mi trabajo de investigación, seleccionando la información más actualizada, y eliminando aquella que no estimé pertinente por su irrelevancia con el tema investigado. Este paso ha sido útil en toda la investigación, principalmente en la elaboración del Marco Teórico, y en la elaboración del Capítulo de Resultados y Discusión.

Clasificación de la Información

A continuación, se clasificó la información de acuerdo a temas y teniendo en cuenta su utilidad, importancia, y actualidad, así como

también, de acuerdo al orden en que fue utilizada en la elaboración de la presente investigación, facilitando desarrollar su esquema elaborado con un mayor orden y organización.

Orden y Organización de la Información

En el tercer paso, se procedió a ordenarla por grupos, los mismos que posteriormente conformaron cada título del marco teórico, así como también conformaron cada subcapítulo (en total 5) del Capítulo IV de Resultados y Discusión, los cuales son: De las Estadísticas, De la posición de la Corte Suprema, De las Sentencias Casatorias Antes y Después del Tercer Pleno Casatorio Civil y de los Efectos Jurídicos después del Tercer Pleno Casatorio Civil.

Tabulación de la Información

Finalmente, se procedió a la tabulación de la información recolectada. Esto implicó llevar los resultados a cuadros para facilitar su proceso y luego se llevó los cuadros a gráficos para realizar el análisis, interpretación y discusión, según correspondió. Este paso de procesamiento de la información, se puede visualizar en el Capítulo IV de Resultados y Discusión.

8. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

Esta investigación está dividida en cuatro capítulos:

Capítulo I:

Denominado “EL PROBLEMA”, el mismo que contiene la descripción de la realidad problemática, la formulación del problema, y de la hipótesis, la determinación de sus variables, la fijación de los objetivos, y por último la justificación de la investigación.

Capítulo II:

Denominado “Desarrollo Teórico de la Investigación”, y está subdividido en cuatro subcapítulos: Subcapítulo I denominado “Marco Histórico y Contextual”, el cual contiene la evolución jurídica del presente tema investigado; Subcapítulo II denominado “Marco Normativo”, el cual contiene todas las normas jurídicas, supranacionales y nacionales, que

sirven de sustento jurídico para esta investigación, Subcapítulo III denominado “Marco Teórico”, el cual contiene las distintas teorías científicas, y posiciones doctrinarias, que han servido de base para esta investigación, Subcapítulo IV denominado “Marco Referencial” que contiene tres investigaciones antecesoras sobre el tema de investigación.

Capítulo III:

Denominado “MARCO METODOLÓGICO”, el cual está conformado por todos los métodos, técnicas, instrumentos y pasos, que han sido utilizados para esta investigación. Otros contenidos de éste capítulo son: tipo de investigación, la operacionalización de variables, selección de población y muestra, diseño de procesamiento de información y de presentación de resultados.

Capítulo IV:

Denominado “RESULTADOS Y DISCUSIÓN”, y su contenido radica precisamente en los resultados que se obtuvieron al finalizar la presente investigación. Está dividido en cinco Subcapítulos, los cuales dan respuesta a cada una de las variables descritas en el cuadro de operacionalización de variables.

Finalmente, otros contenidos de la investigación son: conclusiones, recomendaciones; se trabajó además con referencias bibliográficas y anexos (conformados por guías de observación de las sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, esto es, antes y

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y

DISCUSIÓN

SUB CAPÍTULO I

DE LAS ESTADÍSTICAS.

I. DIVORCIOS INSCRITOS EN EL AÑO 2011.

En el año 2011, el total de divorcios inscritos en el país fueron 5 mil 697, de los cuales 5 mil 625 corresponden a las resoluciones tramitadas a nivel nacional y 72 a resoluciones generadas en el extranjero.

CUADRO N° 03
PERÚ: DIVORCIOS SEGÚN TERRITORIO, 2011

TERRITORIO	TOTAL	
	ABSOLUTO	%
TOTAL	5697	100,0
NACIONAL	5625	98,7
EXTRANJERO	72	1,3

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil- RENIEC

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI

❖ **NÚMERO DE DIVORCIOS INSCRITOS SEGÚN DEPARTAMENTO DE OCURRENCIA DEL MATRIMONIO.**

De acuerdo al departamento de ocurrencia del matrimonio, se han inscrito 5 mil 625 divorcios en las respectivas actas de matrimonio. El 31,7% de divorcios fueron inscritos en el departamento de Lima.

CUADRO Nº 04**Perú: Divorcios inscritos según departamento, 2011.**

DEPARTAMENTO	TOTAL	
	ABSOLUTO	%
TOTAL	5625	100.0
Amazonas	22	0.4
Ancash	430	7.6
Apurímac	12	0.2
Arequipa	428	7.5
Ayacucho	87	1.5
Cajamarca	138	2.5
Prov. Const. Del Callao	114	2.0
Cusco	186	3.3
Huancavelica	23	0.4
Huánuco	127	2.3
Ica	371	6.6
Junín	304	5.4
La Libertad	440	7.8
Lambayeque	145	2.5
Lima	1781	31.7
Loreto	155	2.8
Madre de Dios	34	0.6
Moquegua	40	0.7
Pasco	38	0.7
Piura	195	3.5
Puno	127	2.3
San Martín	162	2.9
Tacna	146	2.6
Tumbes	21	0.4
Ucayali	99	1.8
Lima Metropolitana ^{1/}	1505	26.8
Lima Provincia ^{2/}	380	6.8

1/ Comprende la Provincia de Lima y la Provincia de Constitucional del Callao.

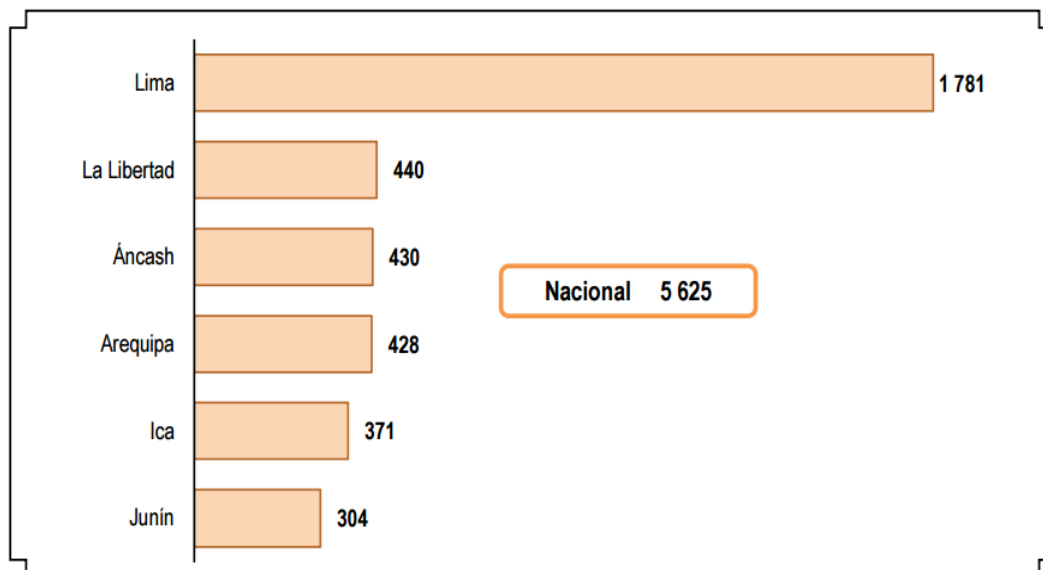
2/ Comprende el departamento de Lima, excepto la provincia de Lima.

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

Gráfico N° 01

DEPARTAMENTOS CON MAYOR NÚMERO DE DIVORCIOS INSCRITOS, 2011



Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

- ❖ **REGIÓN NATURAL.** En el país del total de divorcios informados, el 57,8% corresponde a la región Costa, el 33,8% se inscribió en los departamentos de la Sierra y el 8,4% en la Selva.

CUADRO N° 05

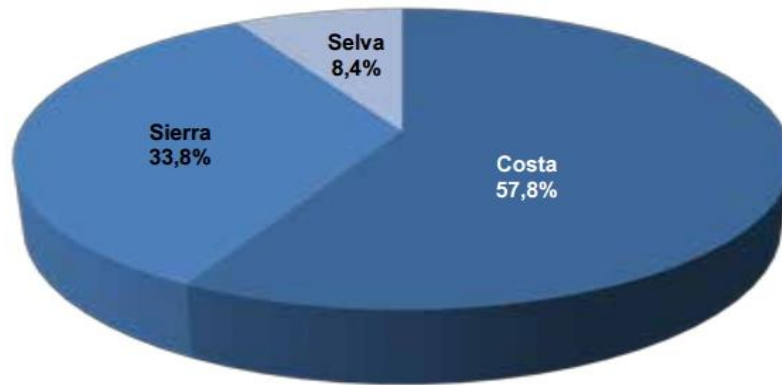
PERÚ: DIVORCIOS INSCRITOS SEGÚN REGIÓN NATURAL 2011

REGIÓN NATURAL	TOTAL	
	ABSOLUTO	%
TOTAL	5626	100,0
COSTA	3253	57,8
SIERRA	1900	33,8
SELVA	472	8,4

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

GRÁFICO Nº 02
DIVORCIOS INSCRITOS SEGÚN REGIÓN NATURAL 2011
(Porcentaje)



Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

- ❖ **REGIÓN COSTA** En esta región, el total asciende a 3 mil 253 divorcios, de los cuales más de la mitad (54,7%) corresponden al departamento de Lima.

CUADRO Nº06
REGIÓN COSTA: DIVORCIOS INSCRITOS, 2011

Departamento	Total	
	Absoluto	%
Total	3 253	100,0
Lima	1 781	54,7
La Libertad	440	13,5
Ica	371	11,4
Piura	195	6,0
Tacna	146	4,5
Lambayeque	145	4,5
Prov. Const. del Callao	114	3,5
Moquegua	40	1,2
Tumbes	21	0,6

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

- ❖ **REGIÓN SIERRA** En la Sierra se inscribieron 1 mil 900 divorcios. Entre los departamentos que conforman esta región, Ancash y Arequipa, presentan el mayor porcentaje (22,6% y 22,5%, respectivamente).

CUADRO N°07
REGIÓN SIERRA: DIVORCIOS INSCRITOS, 2011.

Departamento	Total	
	Absoluto	%
Total	1 900	100,0
Áncash	430	22,6
Arequipa	428	22,5
Junín	304	16,0
Cusco	186	9,8
Cajamarca	138	7,3
Puno	127	6,7
Huánuco	127	6,7
Ayacucho	87	4,6
Pasco	38	2,0
Huancavelica	23	1,2
Apurímac	12	0,6

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

- ❖ **REGIÓN SELVA** En el año 2011, se han inscrito 472 divorcios en la región Selva. Los departamentos de San Martín y Loreto muestran mayor porcentaje (34,3% y 32,8%, respectivamente).

CUADRO N°08
REGIÓN SELVA: DIVORCIOS INSCRITOS, 2011

Departamento	Total	
	Absoluto	%
Total	472	100,0
San Martín	162	34,3
Loreto	155	32,8
Ucayali	99	21,0
Madre de Dios	34	7,2
Amazonas	22	4,7

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

- ❖ **DIVORCIOS DE PERUANAS (OS) TRAMITADOS EN EL EXTRANJERO.**

En 13 países del exterior se han tramitado 72 disoluciones de matrimonios de peruanas(os), de los cuales 49 fueron en Asia, 19 en América y 4 en Europa. Japón presenta el mayor número de divorcios (45) de peruanas(os) generados en dicho país e inscritos en el Perú.

CUADRO N°09
DIVORCIOS DE PERUANOS Y PERUANAS TRAMITADOS
EN EL EXTRANJERO, 2011

Continente/País	Total	
	Absoluto	%
Total	72	100,0
América	19	26,4
Argentina	1	1,4
Chile	1	1,4
Colombia	5	6,9
Cuba	3	4,2
Ecuador	2	2,8
Estados Unidos de América	5	6,9
Jamaica	1	1,4
Panamá	1	1,4
Asia	49	68,0
Corea del sur	4	5,5
Japón	45	62,5
Europa	4	5,6
Alemania	2	2,8
España	1	1,4
Francia	1	1,4

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

II. DIVORCIOS INSCRITOS EN EL AÑO 2012.

2.1 DIVORCIOS INSCRITOS SEGÚN DEPARTAMENTO DE INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO

El total de divorcios inscritos en el país fueron 13 mil 126, de los cuales 8 mil 353 corresponden al departamento de Lima.

CUADRO Nº10
PERÚ: DIVORCIOS INSCRITOS SEGÚN DEPARTAMENTO DE INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO, 2012.

Departamento de inscripción del matrimonio	Total	
	Absoluto	%
Total	13 126	100,0
Amazonas	34	0,3
Áncash	361	2,8
Apurímac	21	0,2
Arequipa	375	2,9
Ayacucho	87	0,7
Cajamarca	153	1,2
Prov. Cons. del Callao	1 033	7,9
Cusco	245	1,9
Huancavelica	46	0,4
Huánuco	65	0,5
Ica	379	2,9
Junín	288	2,2
La Libertad	402	3,1
Lambayeque	143	1,1
Lima	8 353	63,6
Loreto	206	1,6
Madre De Dios	32	0,2
Moquegua	62	0,5
Pasco	26	0,2
Piura	265	2,0
Puno	126	1,0
San Martín	171	1,3
Tacna	148	1,1
Tumbes	24	0,2
Ucayali	81	0,6
Lima Metropolitana 1/	9 073	69,1
Lima Provincia 2/	313	2,4

1/ Comprende la Provincia de Lima y la Provincia de Constitucional del Callao.

2/ Comprende el departamento de Lima, excepto la provincia de Lima.

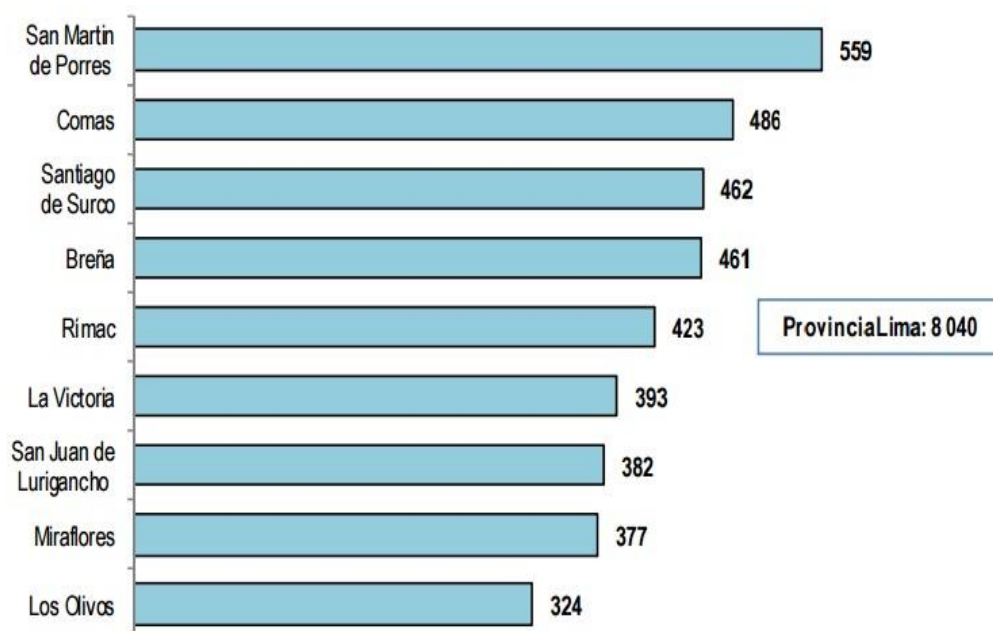
Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

2.2 DIVORCIOS INSCRITOS - LIMA METROPOLITANA

En Lima Metropolitana se han inscrito 9 mil 73 divorcios, en la provincia de Lima fueron 8 mil 40 y en la Provincia Constitucional del Callao 1 mil 33 divorcios. Cinco distritos de la Provincia de Lima, presentan valores entre 423 y 559 divorcios inscritos, como San Martín de Porres (559), Comas (486), Santiago de Surco (462), Breña (461) y Rímac (423).

GRÁFICO N°03
PROVINCIA DE LIMA: DISTRITOS CON MAYOR NÚMERO DE DIVORCIOS INSCRITOS, 2012



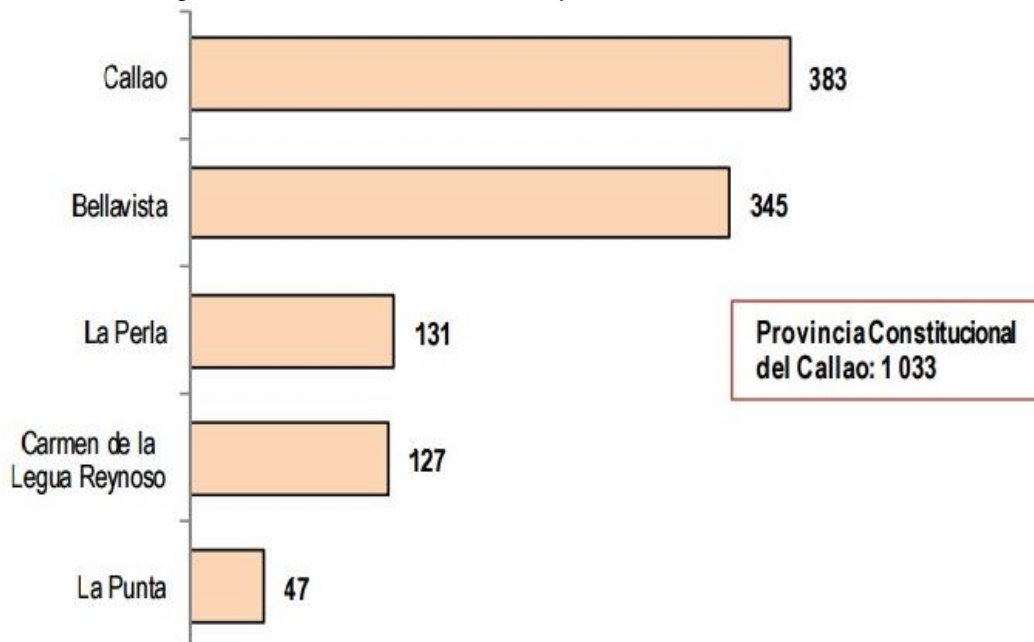
Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

- ❖ **En la Provincia Constitucional del Callao**, el distrito con mayor número de divorcios inscritos corresponde a Callao y el menor número a La Punta (383 y 47, respectivamente).

GRÁFICO N°04
PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO: DIVORCIOS
INSCRITOS, 2012.

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.



Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

2.3 ÁMBITO GEOGRÁFICO. Del total de divorcios inscritos en el país, 10 mil 809 corresponden a la región Costa (82,3%), 1 mil 793 a la región Sierra (13,7%) y 524 a la región Selva (4,0%).

CUADRO N°11
PERÚ: DIVORCIOS INSCRITOS SEGÚN REGIÓN NATURAL,
2012.

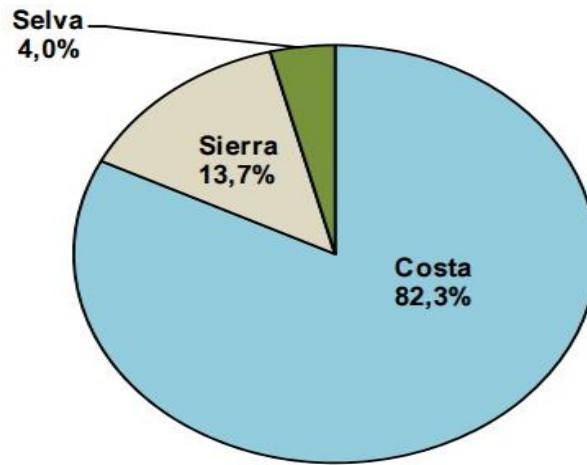
Región Natural	Total	%
Total	13 126	100,0
Costa	10 809	82,3
Sierra	1 793	13,7
Selva	524	4,0

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

GRÁFICO N°05

PERÚ: DIVORCIOS INSCRITOS SEGÚN REGIÓN NATURAL, 2012.



Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

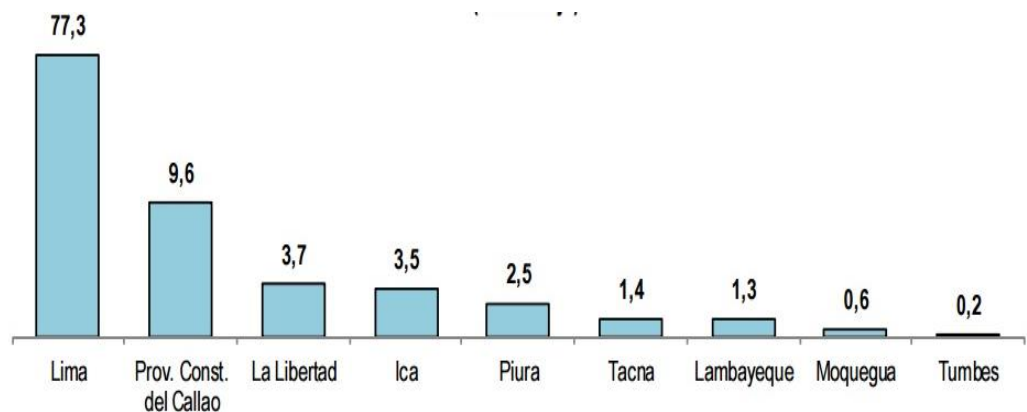
❖ REGIÓN COSTA

Del total de divorcios inscritos en los departamentos que conforman la región Costa, el 77,3% corresponde al departamento de Lima.

GRÁFICO N°06

REGIÓN COSTA: DIVORCIOS INSCRITOS, 2012

(Porcentaje)



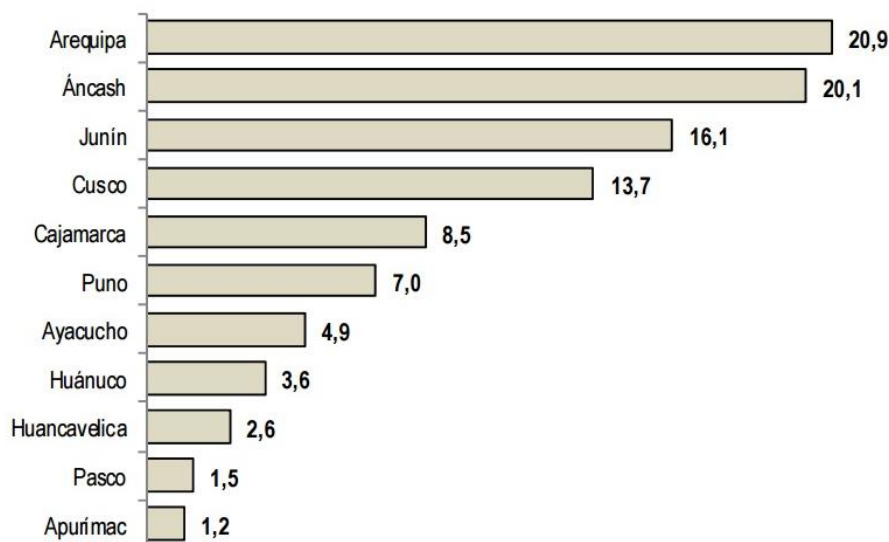
Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

❖ **REGIÓN SIERRA.**

El número de divorcios inscritos en los once departamentos que conforman la región Sierra asciende a 1 mil 793. Arequipa y Ancash presentan mayor porcentaje (20,9% y 20,1%, respectivamente).

GRÁFICO N°07
REGIÓN SIERRA: DIVORCIOS INSCRITOS, 2012
(Porcentaje)



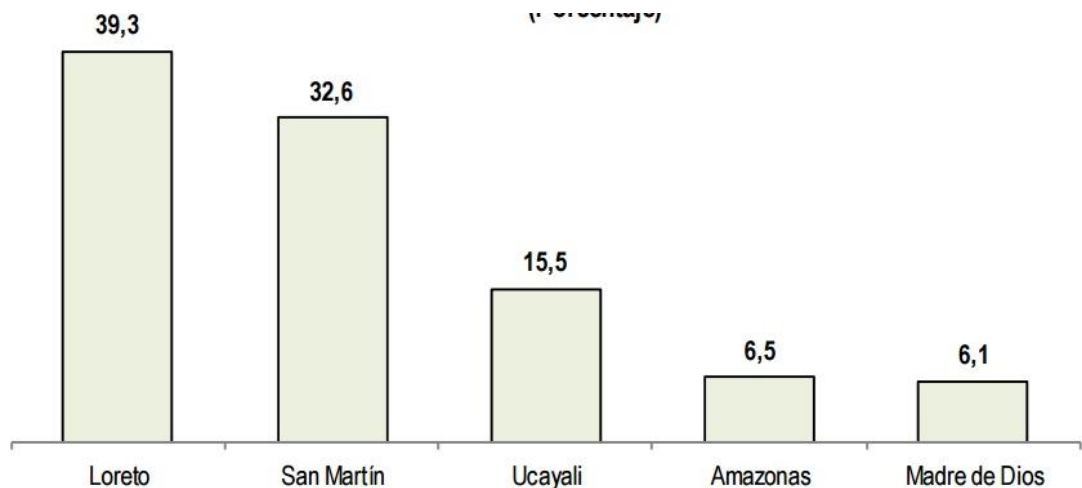
Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

❖ **REGIÓN SELVA.**

En la Región Selva el número de divorcios inscritos fueron 524. Los departamentos de Loreto y San Martín muestran mayor porcentaje (39,3% y 32,6%, respectivamente).

GRÁFICO N°08
REGIÓN SELVA: DIVORCIOS INSCRITOS, 2012.
(Porcentaje)



Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

- **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:**

Como resultado obtenido en el año 2011, el total de divorcios inscritos en el país fueron 5 mil 697, de los cuales 5 mil 625 corresponden a las resoluciones tramitadas a nivel nacional y 72 a resoluciones generadas en el extranjero. Mientras que en el año 2012, el total de divorcios inscritos en el país fueron 13 mil 126, de los cuales 8 mil 353 corresponden al departamento de Lima.

SUB CAPITULO II

POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN EL TERCER PLENO CASATORIO.

**SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL
REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA DEL PERÚ**

Casación N° 4664-2010-Puno

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de amicus curiae (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados.

1. ROL DEL ESTADO COMO ENTE DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. La doctrina⁵⁶ considera

⁵⁶ Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de Derecho Constitucional, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros.

La Doctrina considera como elemento fundamental del Estado de Derecho, a la tutela jurisdiccional efectiva en torno a los derechos fundamentales, siendo menester precisar que ello también es aplicable al debido proceso.

Una tutela efectiva requiere de un proceso con un “mínimo de garantías” que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial, coincidiendo con lo expuesto por Jorge Vanossi⁵⁷, quien refiere que los procedimientos deben ser puestos al servicio de los contenidos, en la medida que son los medios que se orientan a ciertas finalidades; cabe precisar que los derechos de alegación, defensa, probanza, e impugnación son inherentes a la persona por el hecho de serla, por lo que son incólumes.

El artículo 43 de la Constitución Política del Perú, acoge dos fórmulas, sosteniendo que el Perú es un Estado democrático de Derecho, así como un Estado social, por lo que debe atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad, siendo la principal responsable la administración de justicia; más adelante la Corte Suprema concluye que la norma de suprema jerarquía concluye que nuestro país tiene un Estado social y democrático.

La doctrina sostiene que el Estado Social de Derecho significa: Estado Constitucional, es decir, es un Estado con justicia social, por lo que debe primar la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda a los débiles y su protección, orientaciones que tiene nuestra

⁵⁷ VANOSSI, Jorge Reinaldo. El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social. Tercera Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires-Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 50.

normativa y el rol de los jueces comprometidos con un veraz servicio de justicia.

La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio. Las normas jurídicas referidas a la familia contenidas tanto en el Código de los niños y adolescentes, como en el Código Civil y el Código Procesal Civil, están referidas a los deberes, derechos y obligaciones derivadas de las relaciones familiares, acogiéndose a principios como el de socialización, igualdad, e interés superior del niño.

La denominación de Estado Social y Democrático, solo pretende la participación del pueblo en la Administración del Estado, resaltando algunas funciones vinculadas a la población y su bienestar. Cabe acotar que este es el modelo que nuestra Constitución adopta.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, destaca que a diferencia del juez, el Ministerio Público interviene en los procesos para defender el interés social y de la familia, ejercer la defensa de los niños, niñas o adolescentes, sea como parte del proceso (por ejemplo en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior) o dictaminador (como por ejemplo en los casos de tenencia), siendo menester destacar que tiene iniciativa para interponer algunos procesos, la cual en algunos casos ejerce y en otros no, por ejemplo según el Código de los Niños y Adolescentes debería protegerse a los niños que mendigan en la calle o son expuestos a explotación por parte de sus progenitores a quienes se les debería suspender de la patria potestad, pero ello en la práctica no se observa.

2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN PARA EVITAR DESIGUALDADES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO.

La Corte Suprema de Justicia, resalta que, nuestra Constitución adopta la fórmula del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros. En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

3. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

La Corte Suprema de justicia, señala que el derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio.

4. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

La Corte Suprema sostiene qué principios procesales deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia, con el fin de dar efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente, cuando se refiera a niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho.

Siendo así la parte interesada en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el juez debe considerarlo como pedido

o petitorio implícito y debe pronunciarse sobre este en la sentencia, garantizando a las partes el derecho de defensa y a la instancia plural.

5. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA.

La Corte Suprema señala que los jueces están facultados para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas por la ley, por ello podrá hacerlo hasta la fijación de los puntos controvertidos y, particularmente, también puede integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la indemnización o la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, procediendo además la acumulación tardía de las pretensiones accesorias hasta antes del saneamiento del proceso y siendo que la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA SEPARACIÓN DE HECHO.

La Corte Suprema señala que la indemnización en la separación de hecho tiene el carácter de una obligación legal, la que puede ser cumplida de una sola vez de las siguientes formas: a) el pago de una suma de dinero o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, que son soluciones de carácter alternativo y a la vez excluyentes.

El juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues se trata de un divorcio remedio.

Como consecuencia de la flexibilización de dichos principios procesales, si la parte interesada en cualquier etapa del proceso expresa hechos claros y concretos referidos al supuesto perjuicio sufrido como consecuencia de la separación o del divorcio, el juez debe considerar que se encuentra frente a un pedido explícito, por lo que debe emitir pronunciamiento en dicho extremo en la sentencia final. Ahora bien, el juez de familia está facultado para integrar la demanda

con las pretensiones accesorias previstas por la ley hasta la etapa de fijación de los puntos controvertidos.

7. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 345-A del Código Civil introducido por el artículo 4 de la Ley N° 27495, que incorpora al Código sustantivo la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, prescribe: “Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes”.

La norma glosada prescribe que si uno de los cónyuges invoca la causal de separación de hecho recogida en el inciso 12) del artículo 333 del mismo código, deberá acreditar que se encuentra al día en sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Asimismo asigna al juez un rol tuitivo frente al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, obligándolo a fijar 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.

8. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.

La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el juez, sea que el demandante lo solicite como pretensión accesoria o la demandada reconvenga la indemnización de adjudicación preferencial de los bienes sociales. Luego de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y a la instancia plural.

El juez también puede fijar de oficio en la sentencia una indemnización a favor de uno de los cónyuges, siempre que este haya expresado de alguna forma, y en el curso del proceso, hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí, garantizándose también los derechos de defensa y a la instancia plural, del otro cónyuge.

La Corte Suprema señala que las partes pueden alegar hechos relativos al perjuicio hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos. Si lo hicieran después, debe correrse traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, a fin de evitar dilaciones indebidas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata, sin perjuicio de la prueba que el juez disponga de oficio.

La carga de la prueba corresponde al cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación, sin perjuicio de que el juez haga uso de su facultad de actuar medios probatorios de oficio conforme al artículo 194 del Código Civil.

SUB CAPITULO III

DE LAS CASACIONES DE LA SALA CIVIL TRANSITORIA Y PERMANENTE EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

3.1 DE LAS CASACIONES ANTES DEL TERCER PLENO CASATORIO:

3.1.1 PRESENTACIÓN

CUADRO N°12⁵⁸: Periodo_de Emisión de Sentencia

GRÁFICO N°09⁵⁹: Periodo de Emisión de Sentencia

PERIODO DE EMISIÓN	Nº de Expediente	Cantidad	Porcentaje
EN EL AÑO 2010 ANTES DEL TERCER PLENO CASATORIO	CAS. Nº 3085-2009-LIMA	7	100.00%
	CAS. Nº 3133-2009-LA LIBERTAD		
	CAS. Nº 2200-2009-LA LIBERTAD		
	CAS. Nº 2366-2009- LIMA NORTE		
	CAS. Nº 5289-2009- LIMA		
	CAS. Nº 5554-2009-LIMA		
	CAS. Nº 1785-2010 AREQUIPA		

⁵⁸ Elaboración Propia

⁵⁹ Elaboración Propia



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

Respecto al periodo de emisión de las sentencias sobre divorcio por la causal de separación de hecho, éstas han sido tomadas en un periodo que comprende todo el año 2010. Apreciamos que en dicho periodo se expedieron siete sentencias; 4 de Lima, 2 de La Libertad y 1 de Arequipa.

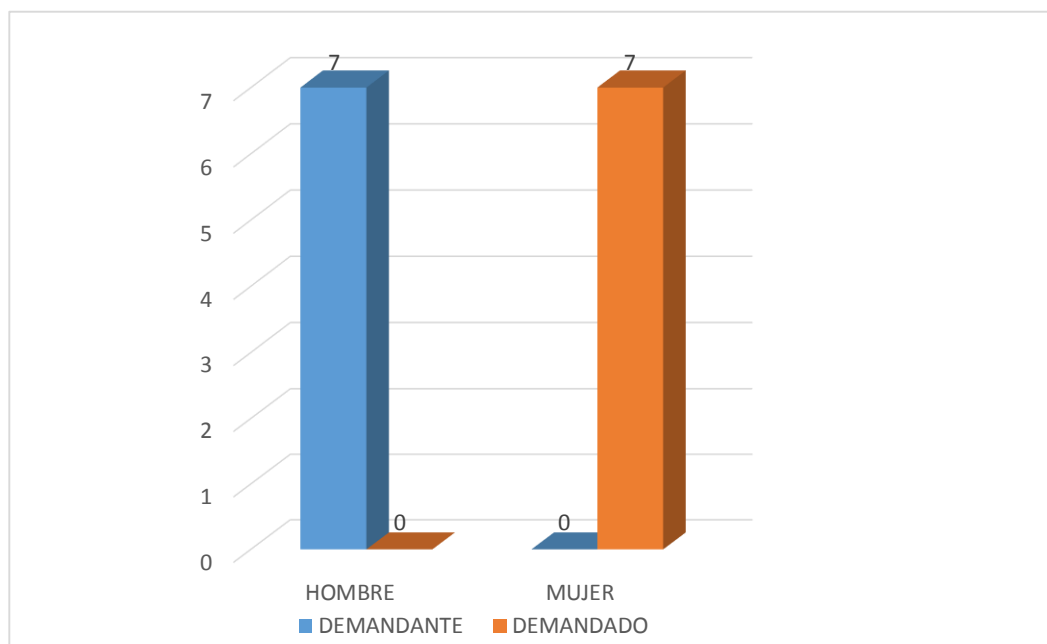
3.1.2 EL GENERO EN RELACION AL DEMANDANTE:

CUADRO Nº 13⁶⁰: GENERO DEL DEMANDANTE

DEMANDANTE	SS.	Porcentaje
HOMBRE	7	100%
MUJER	0	0%
TOTAL	7	100%

⁶⁰ Elaboración Propia

GRÁFICO N° 10⁶¹: Género del Demandante



2.3.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

En cuanto a los demandantes, diremos que en su totalidad son los varones, los que inician el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, a fin de que se les disuelva el vínculo matrimonial contraído con su cónyuge, Advirtiendo que casi nunca las mujeres inician el proceso de divorcio por esta causal; sin embargo son las más perjudicadas con esta situación legal que el Estado ha procedido a dar una mayor protección.

3.1.3 PARTE RESOLUTVA DE PRIMERA INSTANCIA

CUADRO N° 14⁶²: NATURALEZA DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

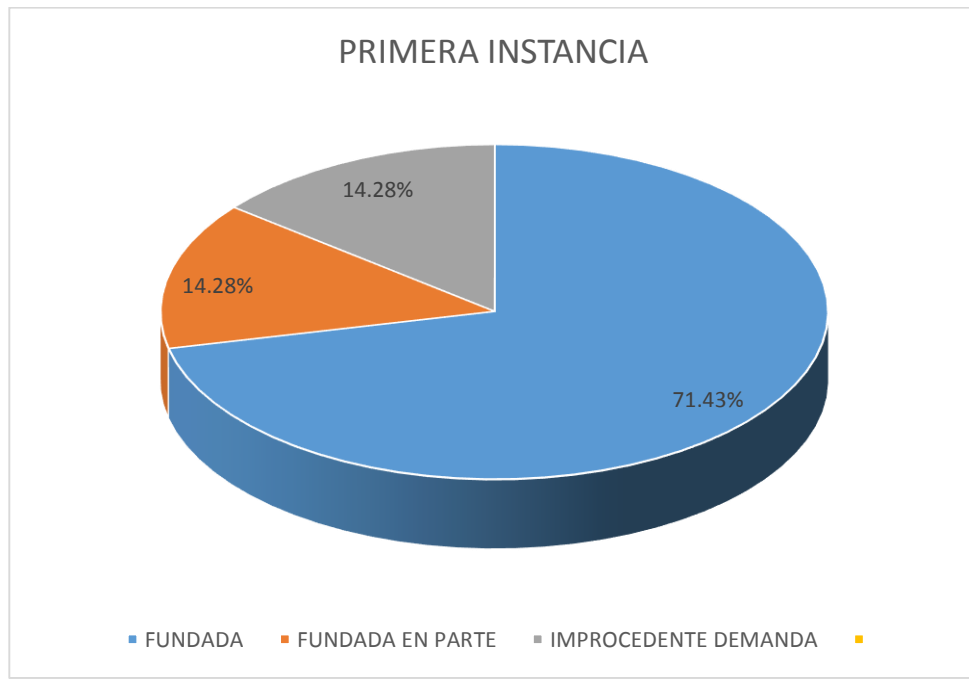
Fallo		Cantidad	Porcentaje
1	Fundada	5	71.43%
	Fundada en parte	1	14.28%
3	Improcedente demanda	1	14.28%

⁶¹ Elaboración Propia

⁶² Elaboración Propia

TOTAL	7	100%
--------------	----------	-------------

GRÁFICO Nº 11⁶³: Primera instancia: Resolución



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

En lo referente a la parte resolutive de primera instancia, es decir a las sentencias emitidas por los Jueces; diremos que el 71.43 % fueron declaradas fundada la demanda, el 14.28 % se declaró fundada en parte, y el 14.28% fueron declaradas improcedente la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho.

Así pues, tenemos que al declarar fundada la demanda, se ordenó la disolución del vínculo matrimonial celebrado entre las partes, así como el fenecimiento de la sociedad de gananciales y el cese de la obligación alimentaria. Así mismo, resolvieron que no procede fijar indemnización de daños y perjuicios a favor de alguna de las partes, puesto que en ningún caso se ha probado la calidad de cónyuge perjudicada.

Al declarar fundada en parte la demanda, se ordenó que la disolución del vínculo matrimonial entre las partes y fenecida la sociedad de

⁶³ Elaboración Propia

gananciales, así como INFUNDADA en el extremo que solicita la liquidación de los bienes de gananciales.

Finalmente, al declarar improcedente la demanda, ésta es por no cumplir el requisito de procedibilidad, el cual es el estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias.

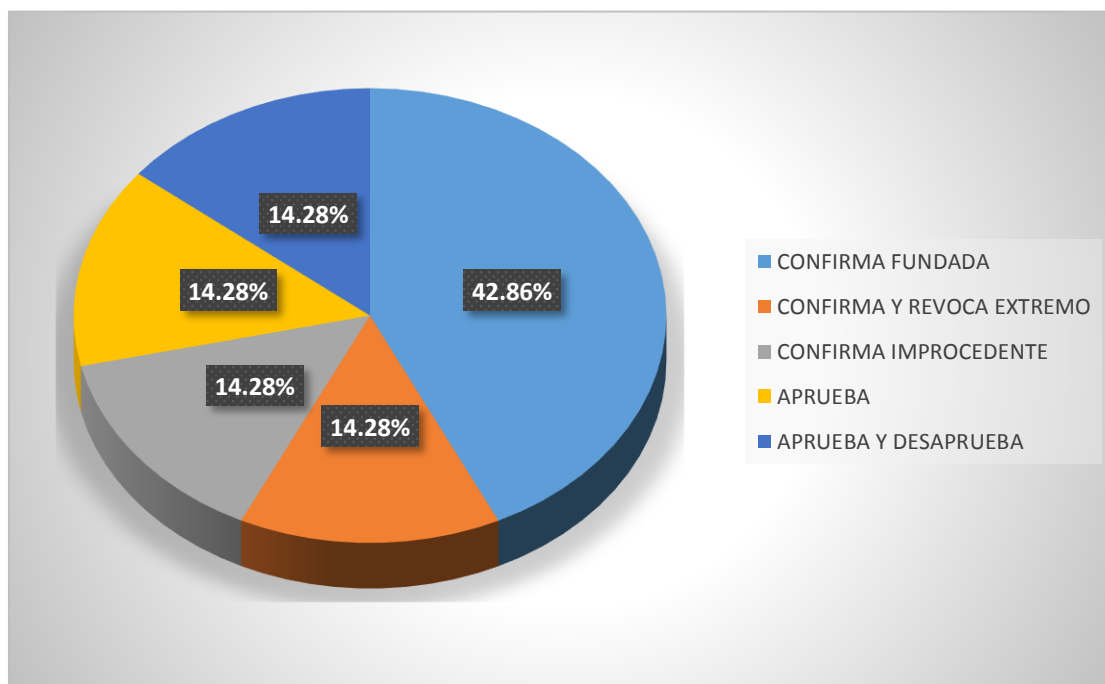
3.1.4 PARTE RESOLUTVA EN SEGUNDA INSTANCIA

CUADRO N° 15⁶⁴: NATURALEZA DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

FALLO		Nº DE EXPEDIENTE	SS.	PORCENTAJE
1	CONFIRMA FUNDADA	CAS. 2200-2009	3	42.86%
		CAS. 5289-2009		
		CAS. N° 5554-2009		
2	CONFIRMA FUNDADA Y REVOCA EXTREMO SOBRE INDEMNIZACION	CAS N° 1785-2010	1	14.28%
3	CONFIRMA IMPROCEDENTE	CAS. N° 3133-2009	1	14.28%
4	APRUEBA	CAS. N° 2366-2009	1	14.28%
5	APRUEBA Y DESAPRUEBA	CAS. N° 3085-2009	1	14.28%
TOTAL			7	100%

⁶⁴ Elaboración Propia

GRAFICO N° 12⁶⁵: Naturaleza de fallo Segunda Instancia



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

En lo referente a la parte resolutive de segunda instancia, es decir a las sentencias emitidas por los Jueces Superiores; diremos que el 42.86 % de las sentencias que fueron apeladas fueron resueltas confirmando la sentencia de primera instancia, que declara Fundada la demanda de Divorcio por la causal de separación de hecho, el 14.28 % resolvió confirmar la sentencia que declara Fundada la demanda de Divorcio por la causal de separación de hecho y Revoca el extremo sobre indemnización.

Otro 14.28% Confirma la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, ésta es por no cumplir el requisito de procedibilidad, el cual es el estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias.

Finalmente, tenemos que al no ser apeladas las sentencias de primera instancia un 28.56% se elevaron en consulta al superior jerárquico, de

⁶⁵ Elaboración propia

los cuales el 50% de éstos, es decir, el 14.28% resolvieron aprobar la consultada en todos sus extremos, y el otro 14.28%, resolvieron Aprobar la sentencia de primera instancia que resuelve declarar Fundada la demanda de divorcio y Desaprueba el extremo que no fija monto indemnizatorio, por lo cual Reformándola fija monto por indemnización de 5 mil nuevos soles al considerar a la demandada como cónyuge perjudicada.

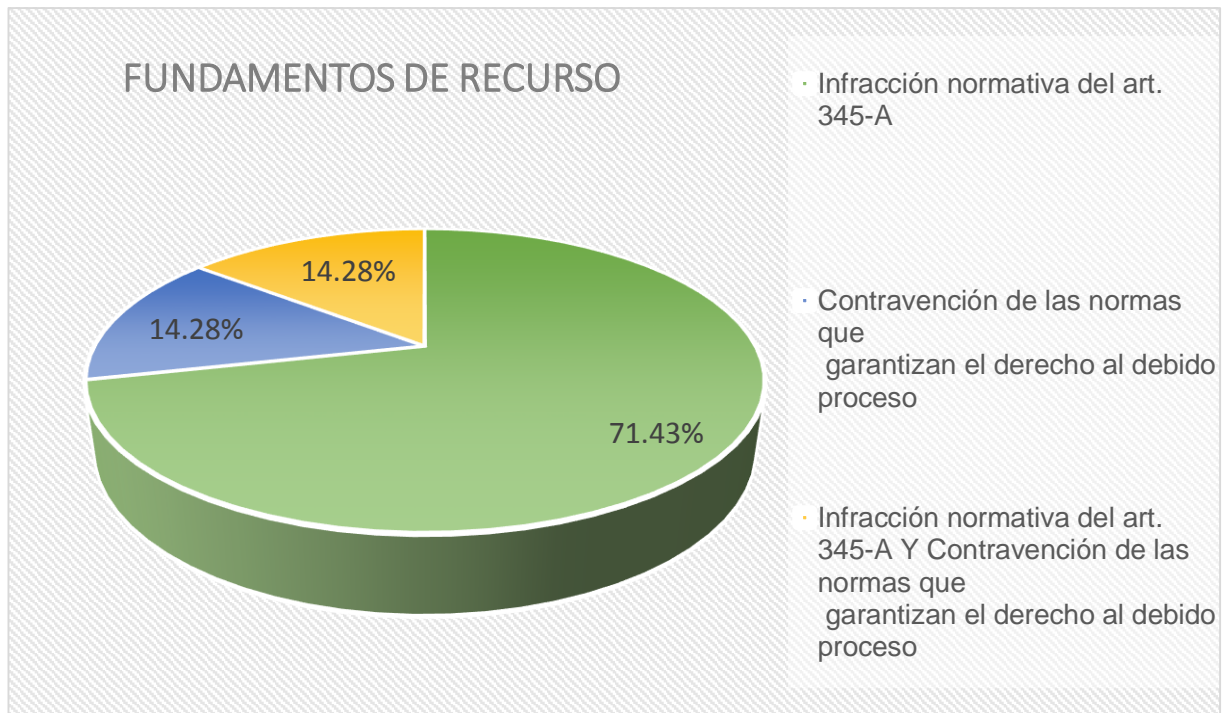
3.1.5 FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

CUADRO N°16⁶⁶: CAUSALES EN EL RECURSO DE CASACIÓN

CAUSAL		Nº DE EXPEDIENTE	SS.	PORCENTAJE
1	Infracción normativa del art. 345-A	CAS. 3085-2009-LIMA	5	71.43%
		CAS. Nº 3133-2009-LA LIBERTAD		
		CAS. Nº 5289-2009-LIMA		
		CAS. Nº 5554-2009-LIMA		
2	Contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso	CAS.2200-2009-LA LIBERTAD	1	14.28%
3	Infracción normativa del artículo 345-A y Contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso	CAS. Nº 2388-03-LIMA	1	14.28%
TOTAL			7	100%

⁶⁶ Elaboración Propia

GRÁFICO Nº 13⁶⁷: CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

En lo referente a la causal alegada para interponer el Recurso de Casación, apreciamos que el 71.43% de las sentencias apeladas se hicieron uso de la causal interpretación errónea del artículo 345-A, mientras que el 14.28% invocaron la Contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso. Finalmente, el 14.28% restante, alegaron ambas causales.

⁶⁷ Elaboración Propia

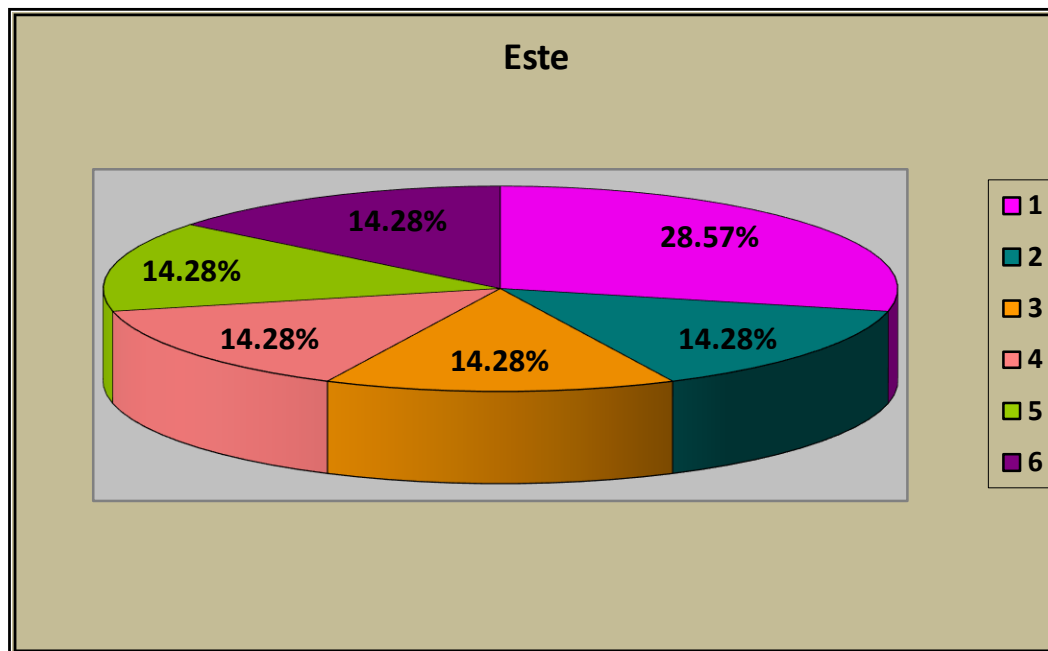
3.1.6 CONSIDERANDOS DE LA CASACIÓN.

CUADRO N° 17⁶⁸: Considerandos de la Casación

FUNDAMENTOS DE LA CORTE SUPREMA		SS.	Porcentaje
1	Improcedencia de la revaloración de pruebas	2	28.57%
2	Por incumplimiento de requisito de procedibilidad	1	14.28%
3	Falta de pronunciamiento de manera expresa respecto a determinar o no el otorgamiento del monto indemnizatorio o en su defecto determinar razones a favor o en contra para la adjudicación preferente del bien perteneciente a la sociedad conyugal.	1	14.28%
4	Estima que si hay lugar a fijar una indemnización a favor del cónyuge perjudicado.	1	14.28%
5	El demandante si ha cumplido con la exigencia contenida en el artículo 345-A del C.C, esto es, estar al día en el pago de su obligación alimentaria.	1	14.28%
6	Falta de una debida motivación	1	14.28%
TOTAL		7	100%

⁶⁸ Elaboración Propia

GRÁFICO N° 14⁶⁹: Considerandos de la Casación



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

Respecto a los considerandos que han servido de fundamento para resolver estos casos, podemos decir que el 28.57% fundamentó que al pronunciarse sobre la asignación de una pensión de alimentos, declarado ya disuelto el vínculo matrimonial, implicaría un pedido de revaloración de pruebas que no es posible a través del recurso de Casación, asimismo, el 14.28% fundamentó que el demandante no ha acreditado estar al día en el pago de su obligación alimentaria, otro 14.28% fundamentó en que las instancias de mérito se encontraban en la obligación de pronunciarse de manera expresa sobre la denuncia a fin de determinar si correspondía o no otorgar el monto indemnizatorio o en su defecto determinar razones a favor o en contra para la adjudicación preferente del bien perteneciente a la sociedad conyugal.

Otro 14.28% estima que si hay lugar a fijar una indemnización a favor del cónyuge perjudicado. Asimismo, un 14.28% fundamenta que el

⁶⁹ Elaboración Propia

demandante si ha cumplido con la exigencia contenida en el artículo 345-A del C.C, esto es, estar al día en el pago de su obligación alimentaria.

Finalmente un 14.28%, fundamenta en que la sala debe explicar cuáles son los medios probatorios en virtud de los cuales sustenta su decisión, así como los fundamentos fácticos en virtud de los cuales sustenta su decisión, la resolución no puede estar desprovista de la motivación que toda resolución judicial debe contener, lo que infracciona el debido proceso.

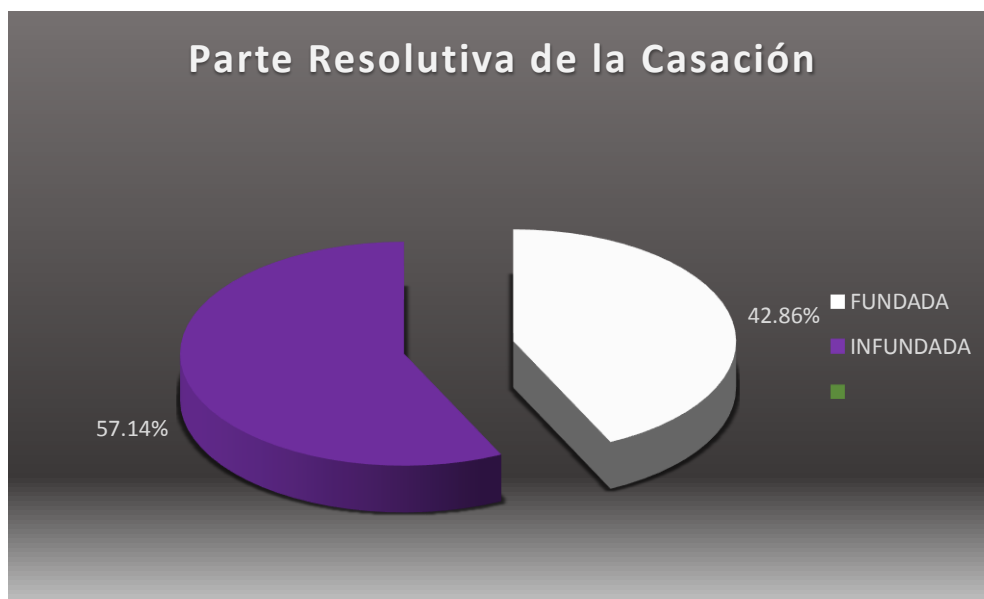
3.1.7 PARTE RESOLUTIVA DE LA CASACIÓN

CUADRO N° 18⁷⁰: Parte Resolutiva de la Casación

FALLO CASATORIO		SS.	%
Fundada	Nula y emita nuevo fallo	2	42.86%
	Nulo extremo que confirma y en sede de instancia revoca.	1	3
Infundada		4	57.14%
TOTAL		7	100%

⁷⁰ Elaboración Propia

GRÁFICO N° 15⁷¹: Parte Resolutiva de la Casación



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Finalmente, en cuanto a la Parte Resolutiva de las Casaciones, diremos que el 42.86% declararon fundado el recurso; mientras que el 57.14% declararon infundado.

Respecto al 42.86%, es decir, a las sentencia que declararon fundado el recurso de casación interpuesto, el 66.67% declararon nula la sentencia de vista y ordenaron a la sala superior que emita nueva sentencia, y el 33.33% declararon Nulo el extremo que Confirma el extremo que declara IMPROCEDENTE la indemnización actuando en sede de instancia REVOCARON la apelada en tal extremo y lo REFORMARON FUNDADA, en consecuencia ORDENARON que el demandante pague como monto indemnizatorio la suma de S/. 4,000.00 nuevos soles.

Respecto al 57,14%, se declaró infundado el recurso de casación, en consecuencia, no casaron la sentencia de vista.

⁷¹ Elaboración Propia

3.2 DE LAS CASACIONES DESPUÉS DEL TERCER PLENO CASATORIO:

3.2.1 PRESENTACIÓN

CUADRO Nº 19⁷²: Periodo de Emisión de Sentencia

AÑO	Nº de Expediente	Cantidad	Porcentaje
2011	CAS. Nº 3464-2010	2	16.66%
	CAS. Nº 3808-2010		
<u>2012</u>	CAS. Nº 950-2012	5	41.67%
	CAS. Nº 3120-2012		
	CAS. Nº 5060-2011		
	CAS. Nº 4632-2011		
	CAS. Nº 4670-2011		
<u>2013</u>	CAS. Nº 3287-2011	5	41.67%
	CAS. Nº 3679-2011		
	CAS. Nº 5815-2011		
	CAS. Nº 1448-2012		
	CAS. Nº 3622-2012		
TOTAL		12	100%

⁷² Elaboración Propia

GRÁFICO Nº 16⁷³: Periodo de Emisión de Sentencia



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

Respecto al periodo de emisión de las sentencias sobre divorcio por la causal de separación de hecho, éstas han sido tomadas en los años 2011, 2012 y 2013. Apreciamos que en el año 2011 se expedieron dos sentencias casatorias mientras que en el año 2012 y 2015 se expedieron 5 sentencias respectivamente.

3.2.2 GÉNERO EN RELACIÓN AL DEMANDANTE:

CUADRO Nº 20⁷⁴: Del Demandante

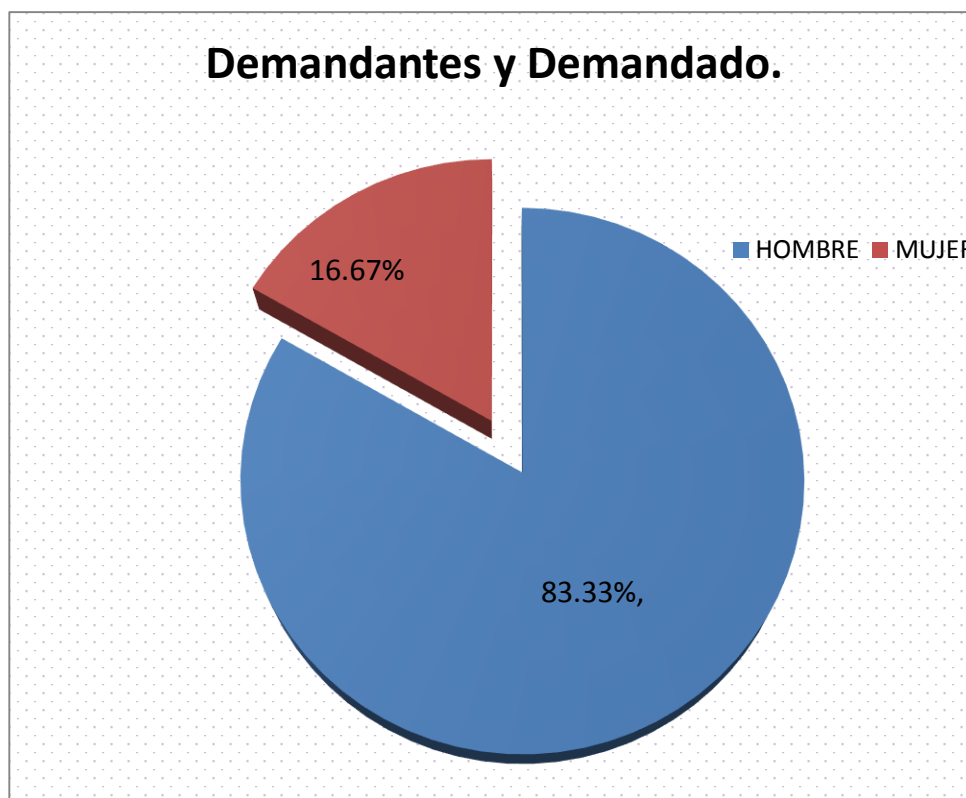
GÉNERO	SS.	Porcentaje
HOMBRE	10	83.33%
MUJER	2	16.67%
TOTAL	12	100%

GÉNERO

⁷³ Elaboración Propia

⁷⁴ Elaboración Propia

GRÁFICO N° 17⁷⁵:_Demandantes y Demandado



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En cuanto al género de los demandantes, diremos que un 83.33% está conformado por varones mientras que un 16.67% está conformado por mujeres; advirtiendo variabilidad respecto al género ya que antes del pleno Casatorio el 100% de los demandantes eran varones, en cambio luego de ello, unidos a otras circunstancias, tanto económicas como sociales, encontramos ya presencia del género femenino al interponer una demanda por esta causal.

⁷⁵ Elaboración Propia

3.2.3 PARTE RESOLUTVA DE PRIMERA INSTANCIA

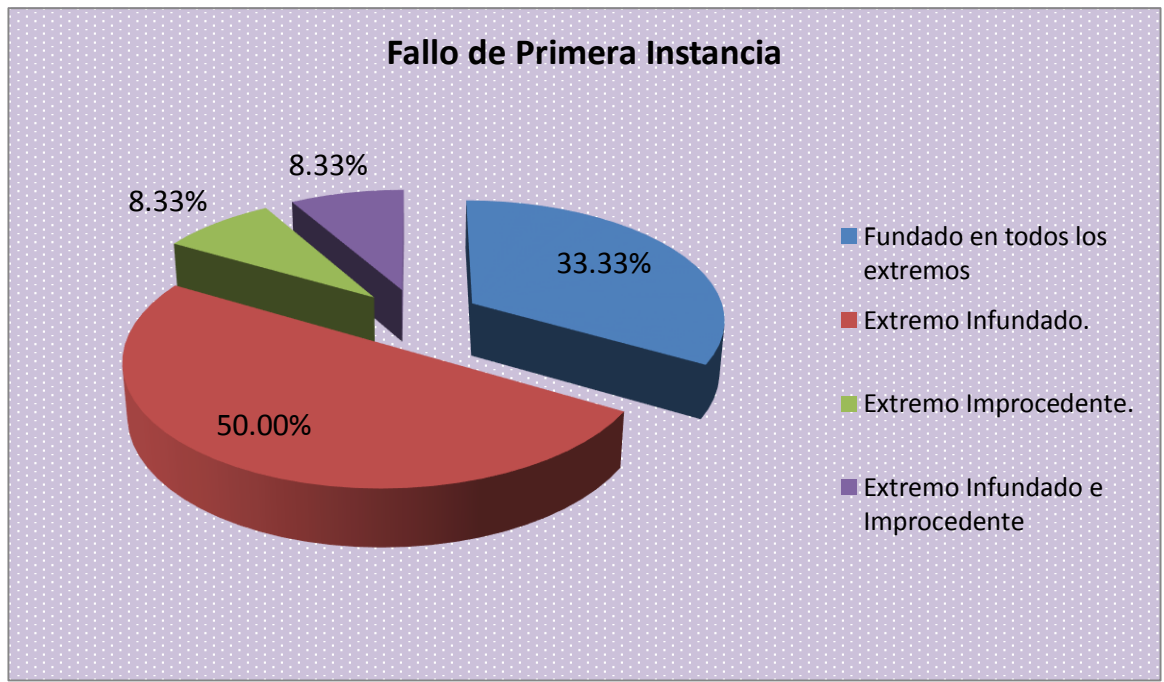
CUADRO Nº 21⁷⁶: Primera Instancia: Resolución

Fallo	Cantidad	Porcentaje
En todos los extremos	4	33.33%
Fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho. Con extremo Infundado	6	50.00%
Con extremo Improcedente	1	8.33%
Improcedente e Infundados extremos.	1	8.33%
TOTAL	12	100%

GRÁFICO Nº 18⁷⁷: Primera instancia: Resolución

⁷⁶ Elaboración Propia

⁷⁷ Elaboración Propia



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En lo referente a la parte resolutive de primera instancia, es decir a las sentencias emitidas por los Jueces; diremos que el 33.33% fueron declaradas fundadas en todos sus extremos, el 50% declaradas fundadas con extremo infundado, el 8.33% fundadas pero con extremo improcedente, y el mismo porcentaje declaradas fundadas con extremos improcedente-infundado.

3.2.4 PARTE RESOLUTIVA DE TODAS LAS INSTANCIAS.

I
CUADRO Nº 22⁷⁸: Parte Resolutiva

Nº Exp.	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	CAUSAL	CORTE SUPREMA: FALLO:
---------	-------------------	-------------------	--------	--------------------------

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Por lo explícito del cuadro que presentamos sólo le queda a este investigador, en esta parte de análisis e interpretación, realizar algunas observaciones que advertimos en comparación con la

⁷⁸ Elaboración Propia

3464-2010	<ul style="list-style-type: none"> - Fundada demanda de Divorcio. - Fundada Reconvención por indemnización (S/. 12,000) - Infundado cese de obligación alimentaria. 	<ul style="list-style-type: none"> - Confirma demanda de Divorcio. - Revoca extremo que declara fundada la Reconvención por indemnización. - Confirma extremo Infundado cese de obligación alimentaria. 	<ul style="list-style-type: none"> - Inexistencia de Nexo Causal. 	<p>FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nulo extremo que Revoca fundada la indemnización. Y Confirma sentencia de primera instancia.
3808- 2010	<ul style="list-style-type: none"> - Fundada la demanda de Divorcio. - Infundada la Reconvención. - Fija monto de indemnización S/. 20,000. 	<ul style="list-style-type: none"> - Aprueba Divorcio. - Desaprueba el extremo que fija monto indemnizatorio y declara Improcedente. 	<ul style="list-style-type: none"> - Inexistencia de Daño. 	<p>FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nula sentencia de Vista. - Aprueba extremo que fija monto indemnizatorio por S/. 20,000.
950-2012	<ul style="list-style-type: none"> - Fundada la demanda de divorcio x causal de separación de hecho - Improcedente la pretensión por causal de imposibilidad de hacer vida en común. - Fecedido el régimen de sociedad de gananciales. - Declara que en este proceso no corresponde la asignación de una indemnización por daños a favor de uno de los cónyuges. 	<ul style="list-style-type: none"> - Confirma la sentencia apelada en todos sus extremos. 	<ul style="list-style-type: none"> - La demandada no alegó oportunamente hechos que le producen daño moral. 	<p>FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN:</p> <ul style="list-style-type: none"> - NULA la sentencia de vista Y MANDARON a la Sala Superior expida nuevo fallo, pronunciándose sobre el pedido indemnizatorio alegado en apelación.
3120-2012	<ul style="list-style-type: none"> -Fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho. - No existencia de cónyuge perjudicado al no haberlo solicitado ni en la contestación ni en vía de reconvención. 	<ul style="list-style-type: none"> - Confirma la sentencia apelada en todos sus extremos. 	<p>La separación de los cónyuges ha sido suficientemente acreditada.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN - Nula E Insubsistente la sentencia de primera instancia, Ordena el reenvío de la causa al juzgado de origen a fin de que emita nueva decisión.
5060- 2011	<ul style="list-style-type: none"> -Infundada la demanda. -Fundada la reconvención presentada sobre divorcio por causal de separación de hecho. 	<ul style="list-style-type: none"> -Confirma la sentencia apelada INTEGRÁNDOLA para que se declare Infundada la pretensión sobre indemnización de daños y perjuicios -Revocando en el extremo que omite establecer el pago de costas y costos, el cual se reforma para efectos de que el demandante pague a la 	<p>Tanto el demandante como la demandada no han acreditado perjuicio que alguno de ellos hubiera sufrido.</p>	<p>FUNDADO el recurso de casación :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Nula la sentencia de vista únicamente en el extremo, que integrando la sentencia apelada se declaró Infundada La Reconvención por indemnización formulada por la demanda - Actuando en sede de instancia Revocaron la sentencia apelada en

		demandada-reconveniente los costos del proceso.		cuanto declara Infundada la reconvencción, REFORMÁNDOLA FUNDADA ordenando que el demandante pague a favor de la demandada la suma de 5 mil nuevos soles.
4632-2011	-FUNDADA la demanda de Divorcio. - NO CORRESPONDE EMITIR PRONUNCIAMIENTO sobre alimentos, patria potestad, tenencia y régimen de visitas, por no existir hijos habidos en el matrimonio, -NO CORRESPONDE FIJAR monto alguno de indemnización a favor del demandado.	CONFIRMA la sentencia apelada.	Los medios probatorios actuados por el A quo son el acta de matrimonio, el certificado de movimiento migratorio de la cónyuge con el que se aprecia que la demandada dejó el país no registrando retorno.	FUNDADO el recurso de casación, por consiguiente CASARON la sentencia de vista, en consecuencia NULA la resolución impugnada y ORDENARON que el colegiado superior expida nuevo fallo con arreglo a ley.
4670-2011	FUNDADA la demanda de divorcio por causal de separación de hecho. -INFUNDADA la pretensión de indemnización peticionada por el demandado -DISUELTO el vínculo matrimonial contraído entre las partes. -FENECIDA la sociedad de gananciales, debiendo procederse a su liquidación previa a la acreditación de la preexistencia de bienes sociales.	- APRUEBA en el extremo que declara fundada la demanda por causal de separación de hecho. -CONFIRMA la sentencia apelada, en el extremo que declara Infundada la pretensión de indemnización	-No existen indicios razonables que acrediten de manera alguna que el demandado haya resultado perjudicado moral o personalmente con la separación.	FUNDADO el recurso de casación. -NULA la resolución impugnada expedida por la primera sala especializada de familia y ORDENARON que la sala superior de su procedencia emita nueva sentencia con arreglo a ley.
3287-2011	-FUNDADA la demanda de divorcio por causal de separación de hecho y SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL -FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria de indemnización por el daño moral, fijándose la suma de 2 mil nuevos soles a favor de la demandada. -INFUNDADAS las pretensiones accesorias de aumento y reducción de alimentos.	CONFIRMA la sentencia apelada.	- Se ha establecido la indemnización y no la adjudicación preferente del hogar conyugal, ya que en su propia reconvencción la demanda señala que la casa en donde habita no es el hogar conyugal sino bien propio, y no obra en autos que el demandante es propietario de algún bien inmueble. - La empleada no acredita encontrarse en un estado de necesidad mayor que justifique el incremento de la pensión que el actor ya viene alcanzándole.	INFUNDADO el recurso de casación, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista.

3679-2011	<p>FUNDADA la demanda de divorcio x causal de hecho, Jurídicamente divorciados a ambos cónyuges, DISUELTO EL VÍNCULO MATRIMONIAL, FENECIDA la soc de gananciales, dispone el CESE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA y FIJA 4 mil nuevos soles , como monto indemnizatorio por el daño al proyecto de vida de la demanda</p>	<p>CONFIRMA la sentencia apelada en el extremo que resuelve el CESE DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA entre ambos cónyuges, y el monto de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado.</p> <p>-Integrándola declara fenecida la sociedad de gananciales a partir del año 2001.</p>	<p>-Fenecida la sociedad de gananciales en el 2001,por considerar que no hacen vida común desde ese año. - Monto fijado como indemnización ha sido razonable.</p>	<p>INFUNDADO el recurso de casación, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista.</p>
5815-2011	<p>-FUNDADA la demanda de divorcio por separación de hecho, -INFUNDADA la demanda por causal de imposibilidad de hacer vida en común - IMPROCEDENTE el cese de la obligación alimentaria -INFUNDADA la reconvencción sobre indemnización.</p>	<p>CONFIRMA la sentencia apelada en todos los extremos.</p>	<p>-La demandada no ha precisado cuales eran los perjuicios que supuestamente se le ocasionó - Inexistencia de nexo causal entre los hechos y la indemnización reclamada.</p>	<p>INFUNDADO el recurso de casación, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista.</p>
1448-2012	<p>-FUNDADA la demanda. -Declara no haber mérito a fijar una indemnización a título de cónyuge perjudicado. -CESE de la obligación alimentaria entre los cónyuges y el derecho a heredarse entre sí .</p>	<p>CONFIRMA la sentencia apelada</p>	<p>-No se ha acreditado que alguno de los dos cónyuges ostente tal condición de cónyuge perjudicado.</p>	<p>INFUNDADO el recurso de casación, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista.</p>
3622-2012	<p>FUNDADA la demanda y la reconvencción respecto de las pretensiones de Divorcio por la causal de separación de hecho.</p> <p>-INFUNDADA la reconvencción respecto de la pretensión de Divorcio por la causal de conducta deshonrosa y su pretensión accesoria de indemnización, así como la pretensión accesoria de adjudicación de bien social.</p> <p>Se establece la suma de 10 mil nuevos soles, por concepto de indemnización por daño moral y personal. - NO CORRESPONDE pronunciarse sobre las pretensiones accesorias de</p>	<p>-APRUEBA la sentencia que declara FUNDADA LA DEMANDA.</p> <p>-CONFIRMA el extremo que declara INFUNDADA la reconvencción de la pretensión de divorcio por la causal de conducta deshonrosa, así como Infundada la pretensión de adjudicación de bien social.</p> <p>-CONFIRMA el extremo que ordena el pago de 10 mil nuevos soles por concepto de indemnización por daño moral. -DECLARA NULO el extremo de la sentencia que dispone la procedencia de la asignación de los bienes sociales a favor de la emplazada,</p>	<p>Se acredita que la persona perjudicada con la separación fue la demandada al quedarse en el hogar a cargo de sus tres hijos.</p>	<p>INFUNDADO el recurso de casación, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista.</p>

alimentos ya que siguen otro proceso de alimentos

proporcionalmente a la duración de la separación. -DISPONE que los bienes de la sociedad de gananciales adquiridos dentro del matrimonio se liquiden en ejecución de sentencia. (art 318 inciso 3 del CC)

posición de la Corte Suprema antes de este pleno Casatorio civil, siendo que:

- En cuanto a la aplicación de los precedentes judiciales vinculantes, se ha podido observar en la mayoría de sentencias casatorias, una mayor protección al cónyuge perjudicado.
- Un mayor ejercicio de las facultades tuitivas de los jueces en los procesos de familia al flexibilizar principios y normas procesales.
- Un mayor enfoque, importancia y pronunciamiento en cuanto a la indemnización o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal
- La aplicación de la naturaleza jurídica de la indemnización determinada por la Corte Suprema en los procesos materia de investigación, lo cual es el de una obligación legal, verificando así el daño ocasionado y nexa causal.

3.2.5 RAZONES QUE JUSTIFICAN LA NATURALEZA DE UN CÓNYUGE PERJUDICADO SEGÚN LAS SENTENCIAS CASATORIAS.

CUADRO N° 23⁷⁹: Razones que justifican la naturaleza

RAZONES	SS.	%
Ingresos económicos.	4	33.32%
Edad.	2	16.66%
Posibilidad de trabajo y ocupación	5	41.66%

⁷⁹ Elaboración Propia

Dependencia de vivienda con estado civil.	1	8.33%
Proceso de Alimentos.	9	75%
Número y edad de los Hijos	11	91.66%
Problemas de salud	2	16.66%
Víctima de violencia.	1	8.33%
TOTAL	12	

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Como se ha podido observar de las sentencias casatorias emitidas después del Tercer Pleno Casatorio Civil, el 91.66% del total de procesos analizados, los jueces consideran como factor determinante para otorgar la calidad de cónyuge perjudicado a una de las partes la cantidad de hijos menores o mayores con discapacidad; mientras que el 75% de las mismas, toman en cuenta la existencia de procesos de alimentos entre las partes.

El 41, 66% de los Jueces Supremos consideran como factor determinante, la imposibilidad de realizar labores y la ocupación de los cónyuges, en un 33.32% se toman en cuenta factores como: los ingresos económicos, lo que le permite que en relación a los mismos se les otorgue o se les deniegue. Asimismo, al no reconvenir sólo se ha optado por la disolución del vínculo matrimonial. También se ha podido observar que el 16.66% de los casos han tomado en cuenta también la edad y los problemas de salud.

Un 8.33% se ha podido observar mediante certificados policiales, que una de las partes ha sido víctima de violencia en relación a su cónyuge, lo cual también ha sido valorado.

Otro 8,33% se ha observado que uno de los cónyuges, posee dependencia directa de su hogar conyugal con su estado civil, puesto que si se declara la disolución del vínculo matrimonial

tendrá que salir del hogar donde habita al serle otorgado a su esposo en relación laboral.

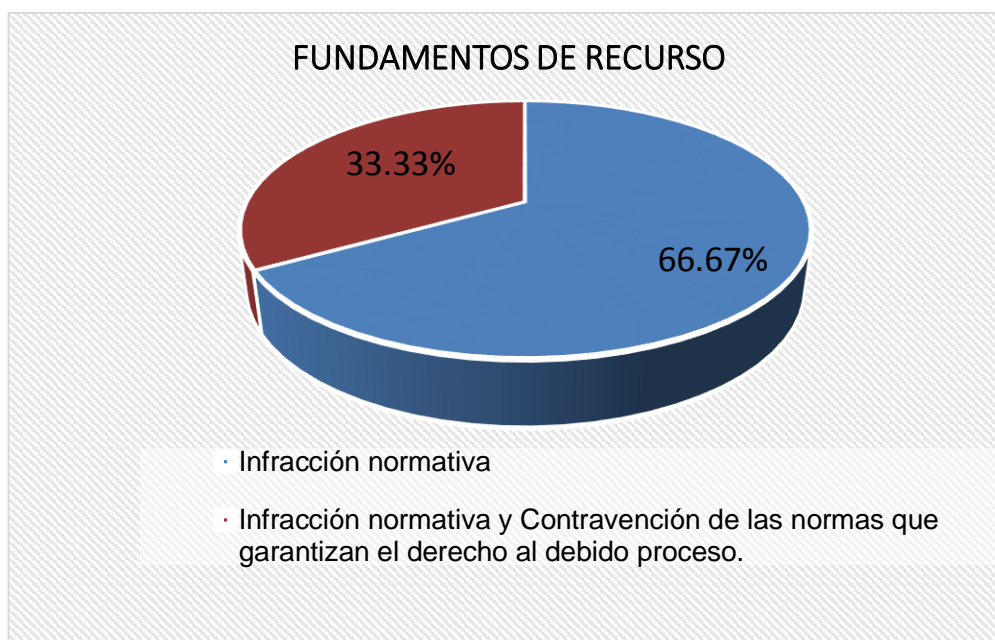
3.2.6 FUNDAMENTO DEL RECURSO CASATORIO.

CUADRO N° 24⁸⁰: Fundamento Del Planteamiento Del Recurso Casatorio

Factor	SS.	Porcentaje
Por Infracción normativa.	8	66.67%
Por Infracción Normativa y Contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso	4	33.33%
Total	12	100%

⁸⁰ Elaboración propia

GRÁFICO N°19⁸¹: Fundamento del Recurso



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

En lo referente al fundamento empleado para interponer el Recurso de Casación, mejor dicho, las causales alegadas; apreciamos que el 66.67% de las sentencias hicieron valer la interpretación errónea, mientras que el 33.33% invocaron la Contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, en lo referido al apartamiento inmotivado del precedente judicial, esto es, del Tercer Pleno Casatorio, además de la causal por interpretación errónea.

SUB CAPITULO IV

POSICIONES DE JURISTAS NACIONALES RESPECTO AL TERCER PLENO CASATORIO.

A. POSICIÓN ASUMIDA POR JUAN ESPINOZA ESPINOZA⁸²:

- Que, la argumentación de los vocales le niega el carácter indemnizatorio a la denominada “obligación legal” contenida en el

⁸¹ Elaboración Propia

⁸² Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad del Pacífico. Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran).

artículo 345-A del CC, cuando se olvida que la reparación tiene la naturaleza de una relación jurídica patrimonial y, sobre todo, porque todo el análisis que hace el voto de la mayoría del Pleno se centra en los elementos de la responsabilidad civil.

- Asimismo, si los hechos tienen que ser acreditados para que se compruebe quién es el “más perjudicado”, si se tiene que analizar la conducta del “menos perjudicado” (rectius, el que daña) y el pretensor (de la indemnización) tiene que acreditar el nexo causal y el daño, inequívocamente (por más que el voto de la mayoría diga otra cosa) estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil.
- En su opinión, la naturaleza de esta responsabilidad civil es extracontractual, ya que el hecho que motiva la indemnización se da por la calidad de cónyuge y esta es una situación jurídica proveniente de la relación jurídico-matrimonial (que no tiene carácter contractual ni obligacional).
- En su opinión, la naturaleza de esta responsabilidad civil es extracontractual, ya que el hecho que motiva la indemnización se da por la calidad de cónyuge y esta es una situación jurídica proveniente de la relación jurídico-matrimonial (que no tiene carácter contractual ni obligacional). Prueba de ello, es que en el Libro de Familia se hace alusión a los deberes (no a las obligaciones) de los cónyuges, como es el caso de fidelidad, asistencia (art. 288 del CC) o de cohabitación (art. 287 del CC), ello no quiere decir que no puedan haber relaciones jurídicas patrimoniales entre los cónyuges (como la relación que tienen a nivel de sociedad de gananciales, y si se quiere, la propia obligación alimenticia); pero el daño a que se refiere el artículo 345-A del CC es derivado de la ruptura del vínculo matrimonial y la disolución de la sociedad de gananciales (si la hay) y la fijación

de un nuevo régimen de obligación alimenticia, son una consecuencia de ello.

B. POSICIÓN ASUMIDA POR LA JURISTA PATRICIA JANET BELTRÁN PACHECO⁸³:

- Que, es cierto que una tutela efectiva requiere de un proceso con un “mínimo de garantías” que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial, coincidiendo con lo expuesto por Jorge Vanossi⁸⁴ quien refiere que los procedimientos deben ser puestos al servicio de los contenidos, en la medida que son los medios que se orientan a ciertas finalidades; cabe precisar que los derechos de alegación, defensa, probanza, e impugnación son inherentes a la persona por el hecho de serla, por lo que son incólumes.
- La doctrina sostiene que el Estado Social de Derecho significa: Estado Constitucional, es decir, es un Estado con justicia social, por lo que debe primar la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda a los débiles y su protección, orientaciones que tiene nuestra normativa y el rol de los jueces comprometidos con un veraz servicio de justicia.
- El derecho procesal de familia, se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de ahí que se diferencia del proceso civil. En los procesos familiares debe primar una

⁸³ Jueza Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría y doctorado en la misma casa de estudios, investigadora para el Instituto de Familia de la Unife, docente universitaria, expositora en diversos eventos académicos nacionales e internacionales, autora de artículos con relevancia jurídica publicados a nivel nacional.

⁸⁴ VANOSI, Jorge Reinaldo. El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social. Tercera Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires-Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 50.

conducta conciliadora y sensible que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, con la finalidad de coadyuvar en la solución del conflicto.

- Asimismo, señala que los magistrados supremos debieron precisar a qué se le llaman hechos claros y concretos, pues los abogados podrían interpretar que con exponer una situación determinada en un escrito cualquiera, por ejemplo los alegatos, el juez tendría que resolver en la sentencia aquello, debiendo precisar que no es tan fácil interpretar la voluntad de los intervinientes en el proceso, pues podría ser que se exponga un hecho pero a su vez la parte se esté reservando su derecho de accionar sobre dicha pretensión en otro momento, lo que puede traer consigo serias denuncias contra el magistrado y sendos pedidos de nulidad, al haberse pronunciado sobre algo que formalmente no ha sido pedido conforme a ley.

C. POSICIÓN ASUMIDA POR LA JURISTA CLARA CELINDA MOSQUERA VÁSQUEZ⁸⁵:

- Que, la finalidad del Pleno Casatorio ha sido cumplida, pues ha analizado con amplitud lo referente a la indemnización y adjudicación preferente al cónyuge perjudicado en un divorcio por la causal de separación de hecho y dado pautas a fin de que los diversos órganos jurisdiccionales no emitan fallos contradictorios.
- Asimismo, en los procesos referidos al derecho de familia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal deben flexibilizarse. Si bien el Juez tiene la obligación de velar por

⁸⁵ Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

la estabilidad del cónyuge perjudicado, debe fundamentar sus decisiones en las pruebas que se ofrezcan y actúen en el proceso.

- El pedido de indemnización o adjudicación preferente puede presentarse incluso luego de la audiencia de pruebas, pero en este caso solamente se admitirán los medios probatorios de actuación inmediata.

D. POSICIÓN ASUMIDA POR EL JURISTA MARTÍN ALEJANDO HURTADO REYES⁸⁶:

- El juez debe emitir sus decisiones respetando siempre el principio de congruencia procesal, de lo contrario viciará la resolución, puede perder imparcialidad y generar una afectación al derecho de defensa de las partes al ir más allá de lo peticionado o desnaturalizando lo solicitado. Este principio continúa orientando las decisiones en el proceso civil, es un principio angular en nuestro sistema procesal.
- La flexibilización de la congruencia no es propia de los procesos de divorcio o separación o propiamente de los procesos de familia en general, es posible hacer menos riguroso o estricto el principio de congruencia en otros procesos como el proceso civil en el que se discuten pretensiones privadas, para el proceso laboral, constitucional y contencioso administrativo, la flexibilidad de este principio puede ser *ope legis* u *ope judicis*.
- El “pedido implícito” o propuesta que no expresa propiamente un *petitum* para definir la indemnización o adjudicación se debe extraer de los actos postulatorios (demanda o contestación) o

⁸⁶ Doctor en Derecho. Docente en la Maestría de Derecho Civil y de Derecho Procesal del Post Grado de Derecho de la USMP. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura y Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

puede ser presentado en oportunidad posterior a esta etapa, sin que en este último caso se vea afectado el principio de preclusión o eventualidad, aunque esta situación novedosa quiebra la regla general que contiene nuestro ordenamiento procesal en la que la postulación de las pretensiones y la aportación de prueba se hace normalmente en los actos iniciales.

E. POSICIÓN ASUMIDA POR LA JURISTA KARINA AYVAR CHIÚ⁸⁷:

- Considera que, el Tercer Pleno Casatorio ha fijado criterios que permiten al juzgador evaluar la procedencia de la indemnización en los casos de separación de hecho y determinar cuándo nos encontramos frente a un cónyuge perjudicado, aunque dichos criterios han generado mayor confusión respecto a la naturaleza de esta causal de divorcio.

F. POSICIÓN ASUMIDA POR EL JURISTA JAIME DAVID ABANTO TORRES⁸⁸:

- Que, atendiendo a las reglas establecidas en el Tercer Pleno Casatorio, y a la naturaleza del Derecho de Familia, las instituciones procesales deben adecuarse a su naturaleza, ya que se trata de problemas humanos.
- Asimismo indica que la Corte Suprema comete un error conceptual respecto al daño moral como indemnizable y que se halla comprendido en el daño a la persona, precisando a su criterio, que según una clasificación generalmente aceptada en la doctrina, los daños se clasifican en patrimoniales y

⁸⁷ Fiscal adjunta Provincial. Egresada de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Mayor San Marcos.

⁸⁸ Doctor en Derecho. Docente en la Maestría de Derecho Civil y de Derecho Procesal del Post Grado de Derecho de la USMP. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura y Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

extrapatrimoniales. Son daños patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante. Son daños extrapatrimoniales el daño moral y el daño a la persona. Teniendo en cuenta que el daño moral lo constituyen las aflicciones, dolor y sufrimientos, insusceptibles de cuantificación dineraria, el segundo es daño a la integridad psicosomática del individuo, y comprende al daño al proyecto de vida. Sin embargo, la Corte Suprema incluye al daño moral como un supuesto de daño a la persona, lo que no es exacto. Sin embargo, considera que, la Corte Suprema precisa reglas que contribuirán a una mejor tramitación de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho así como a la determinación de la existencia del cónyuge perjudicado en cada caso concreto.

- El juez tiene la obligación de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado, pero motivando sus decisiones en los medios probatorios actuados en el proceso. La indemnización o adjudicación de bienes en el divorcio por separación de hecho procede de oficio y a instancia de parte. Los pedidos de indemnización o adjudicación preferente de bienes de la sociedad de gananciales pueden presentarse en cualquier estado de la causa. Si fueran postulados luego de la audiencia de pruebas, solo se admitirán los medios probatorios de actuación inmediata a fin de evitar maniobras dilatorias que entorpezcan la tramitación del proceso. No obstante los errores conceptuales en que ha incurrido la Corte Suprema al dictar la sentencia bajo comentario, la sentencia del pleno casatorio ha logrado sus objetivos, pues se han analizado con amplitud todos los temas relativos a la aplicación del artículo 345-A del Código Civil relativo a los efectos de la sentencia de divorcio por la causal de separación de hecho y fijando reglas procesales destinadas a evitar que los diversos órganos jurisdiccionales no sigan emitiendo fallos contradictorios. Los jueces pueden apartarse del precedente judicial siempre y cuando lo hagan en resolución debidamente motivada.

G. POSICIÓN ASUMIDA POR EL JURISTA ERICK VERAMENDI FLORES⁸⁹:

- Que, la Corte Suprema de Justicia en el Tercer Pleno Casatorio, no establece en qué tipo de acumulación nos encontramos, se infiere que al establecer que el artículo 345- A del Código Civil impone un deber al juez para pronunciarse sobre el cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad de gananciales, se trata de una acumulación objetiva implícita, tácita o legal, conforme al último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.
- Asimismo, considera que debe darse un concepto amplio al concepto de acumulación objetiva implícita, pues debe proceder aún en casos no previstos en la ley, por ejemplo, en aquellos conflictos donde exista la necesidad de pronunciarnos sobre una situación jurídica que es relevante para un menor.
- Propone a modo de ejemplo, un caso de impugnación de reconocimiento de paternidad, en el cual el reconocimiento quedará sin efecto, por ende, el menor se quedará sin apellido paterno, situación donde existe la “necesidad” de pronunciarse sobre la verdadera filiación biológica del menor, dado que resulta una medida favorable al menor, de no ser así, no debería ampararse la demanda. Sin embargo, el precedente judicial ha desarrollado instituciones procesales dentro del proceso civil, por tanto, la causal de procedencia del recurso de casación por “infracción normativa” también puede estar referida a la correcta interpretación de normas procesales, además de la aplicación de normas constitucionales.

⁸⁹ Abogado. Magister en Derecho Civil y Comercial. Cursando estudios de Maestría con mención en Derecho Procesal. Egresado de PROFA primer nivel AMAG.

- Asimismo, el carácter público de las normas del Derecho de Familia, hacen que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad se flexibilicen, además de la ampliación del contenido de acumulación objetiva implícita. Sumado al sistema publicístico que orienta el proceso civil, otorgando facultades tuitivas al juez para resolver conflictos de familia. Concluyendo que, la pretensión de indemnización o adjudicación directa de bienes provenientes de la sociedad de gananciales, es una pretensión que se debe extraer de dos formas, cuando se solicita expresamente en el petitorio, y cuando el juez pueda deducirla de la causa petendi. Dicha pretensión se introduce al proceso como una acumulación objetiva implícita, tácita o legal, prevista en el último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.

H. POSICIÓN ASUMIDA POR EL JURISTA RÓMULO MORALES HERVIAS⁹⁰:

- El jurista, critica la sentencia del Tercer Pleno Casatorio por incurrir en errores respecto a la distinción entre indemnización y resarcimiento. Sostiene que el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil no regula un supuesto de responsabilidad civil, sino una obligación indemnizatoria a fin de restablecer el desequilibrio económico sufrido por el cónyuge perjudicado por la separación de hecho y el divorcio.
- Asimismo, indica que la justificación de la conformación del Tercer Pleno Casatorio fue porque no existía “consenso” entre órganos jurisdiccionales inferiores respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas de su probanza, la necesidad o no de que la “indemnización” sea solicitada expresamente por la

⁹⁰ Abogado por la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad di Roma “Tor Vergata”. Diplomado en Derecho Romano; y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad di Roma “La Sapienza”. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el divorcio.

- De igual manera, señala que en jurisprudencia y en la ciencia del Derecho no existe la palabra “consenso”, esta concepción arbitraria comporta menospreciar el pensamiento crítico de los estudiantes, de los abogados, de profesores y de otros jueces. De acuerdo a las reflexiones como resultado de su estudio, concluye que fue una inutilidad y un peligro emitir una Sentencia llena de errores en un Pleno Casatorio. Los argumentos de la Sentencia seguramente confundirán más a la comunidad jurídica e indirectamente quienes pagarán los platos rotos serán los futuros cónyuges perjudicados por la separación de hecho y el divorcio. Finalmente, esta Sentencia demuestra una preocupante escasa formación jurídica de Derecho Civil.

SUB CAPITULO V

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 345-A A LUCES DEL TERCER PLENO CASATORIO.

PRIMERO: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

El artículo VI del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. El Principio de Socialización del proceso, previene que el juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición. Asimismo, los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal.

Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente interesa a las partes la resolución del

conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

Por lo tanto, siendo que nuestra Constitución adopta la fórmula del Estado Democrático y Social de Derecho, en la cual debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

Al postular el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material⁹¹ dentro del proceso, esto es, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

⁹¹ El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).

En los procesos de familia como es el caso de la presente investigación, se ha podido observar mediante las diversas sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, que muchas veces una de las partes es notoriamente débil, por lo que la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

SEGUNDO: EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio.

La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir

de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal.

Es por ello que se comprende que, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre y por ello son estrictamente derechos subjetivos, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico.

TERCERO: MAYOR PROTECCIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO.

Uno de los efectos de la separación de hecho como causal de divorcio está relacionado a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado. Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo mediante dos maneras: Una primera forma es mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria incluyendo el daño personal; mientras que, la segunda es la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal.

El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto⁹².

Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros.

Luego, con las resoluciones judiciales de mi Sub Capítulo III, he demostrado, también se tiene en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinserirse a un

⁹² En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, “(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)”.

trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

Con respecto a la patria potestad y derecho alimentario, 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 los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden

CUARTO: FLEXIBILIZACION DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

La sentencia del Tercer Pleno Casatorio, constituye como precedente, la flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia. Estos principios según la Corte Suprema obligan al juez a pronunciarse solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios y únicamente sobre sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses.

Sin embargo, en los procesos de familia, y particularmente en los procesos de divorcio por separación de hecho que han sido materia de investigación, estos principios se están aplicando en forma flexible.

Así entendemos por el **principio de congruencia procesal**, que el juez debe respetar el tema decidendum propuesto por las partes, pues cualquier vulneración vulneraría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron.

Por el principio de Preclusión, el cual impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso.

Por el principio de Eventualidad, denominado también principio de ataque y defensa global el cual impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando su acumulación eventual en todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan efectos *AD VENTUM*, es decir para estar prevenidos por si uno o varios de ellos no lo producen. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 reconoce el principio de congruencia procesal.

Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, primero determina si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes.

Si ello no ha ocurrido, entonces examina y determina si la parte demandante o demandada implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema.

Cabe resaltar, que ha sido suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos.

Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de alegación, lo que a su vez habilita la probanza de

este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado.

En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición. Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

Cabe resaltar que en la mayoría de las sentencias casatorias después de la publicación de este pleno Casatorio ubicadas en el Sub Capítulo III, se ha podido observar que en su mayoría, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto, en consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado. El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Por lo que se ha podido verificar que la parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. En el caso que la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley.

En mi opinión, considero que la idea de flexibilizar el principio de congruencia no debe ser presentada como una línea concurrente en los procesos civiles, solo debe adoptarse como una posibilidad que quiebra la rigidez de la regla cuando se presenten situaciones que merezcan una mejor tutela y protección de los derechos o intereses de las partes en el proceso, porque la tutela de los derechos de las partes que generan un quiebre de la rigidez procesal son de mayor importancia y trascendencia al principio de congruencia. La mejor forma de hacer menos riguroso y dúctil el principio de congruencia, debe partir por proporcionar a las partes decisiones en las que se resuelvan temas debatidos previamente, sin contenidos sorpresivos. Por lo cual en el trabajo de elasticidad o morigeración de la congruencia el juez debe considerar siempre el respeto al derecho de defensa de las partes, debe permitir el ejercicio del contradictorio sobre lo que se flexibiliza, someterlo a prueba y respetar el principio de pluralidad de instancia para evitar indefensión.

QUINTO: FLEXIBILIZACIÓN EN CUANTO A LAS PRETENSIONES.

Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, siempre y cuando éstas se encuentren

expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda. Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos.

Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista.

En consecuencia, el pleno casatorio civil justifica la flexibilización de la regla de la acumulación de pretensiones, en donde, como se

ha podido observar de las sentencias casatorias, el juez debe integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Inclusive la acumulación puede darse aun cuando no se formulen pretensiones accesorias, siempre y cuando estas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda.

SEXTO: OTORGAMIENTO A LA INDENIZACIÓN O ADJUDICACIÓN PREFERENTE DE UNA NATURALEZA JURIDICA DE OBLIGACIÓN LEGAL.

A fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización, en la doctrina se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

A. CARÁCTER ALIMENTARIO.

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal.

La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación.

También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

B. CARÁCTER REPARADOR.

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial⁷², y al efecto se establece una pensión compensatoria.

C. CARÁCTER INDEMNIZATORIO.

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial⁷³. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

D. CARÁCTER DE OBLIGACIÓN LEGAL.

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil.

No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado.

El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

E. CARÁCTER DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

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

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

- Es por ello que podríamos indicar que, la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica en circunstancias específicas y el fundamento de esta obligación indemnizatoria la encontramos en la en la solidaridad familiar.

Así mismo, ésta obligación legal se puede conceptuar como una obligación legal derivada del decaimiento de la relación matrimonial por la causal de la separación de hecho, declarado judicialmente a través de una sentencia de separación de cuerpos o de divorcio. Su esencia reside en el derecho que nace a favor de un cónyuge (el más perjudicado) y a cargo del otro al pago de un resarcimiento en aquellos supuestos en que al momento de la interposición de la demanda se acredite la configuración de una inestabilidad económica entre las posiciones personales de los cónyuges capaz de generar un perjuicio de naturaleza objetiva”.

F. SÉTIMO: LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES PUEDE SER DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE.

Con la aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil, la indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez.

En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en

tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados.

Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se estaría garantizando al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

Asimismo, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado.

Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello.

Como se ha podido observar, de las sentencias casatorias después del Tercer Pleno Casatorio Civil, si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto, puesto que el Juez no

tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3º del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio iura novit curia, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los “perjuicios”.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone la Corte Suprema en este Pleno Casatorio, puesto que si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Con la posición de la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio y en relación al análisis e interpretación realizada en las sentencias casatorias emitidas antes y después del pleno, se ha demostrado cuáles son los efectos de aplicar las reglas establecidas como precedentes judiciales vinculantes, cuyos resultados obtenidos han sido la aplicación del principio de socialización en los procesos de familia, esto es, a fin de evitar desigualdades entre las partes, así como el ejercicio de las facultades tuitivas que tiene el juez en los procesos de familia, lo cual genera como consecuencia la flexibilización de los principios y normas procesales, como son los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación en cuanto a las pretensiones. Así mismo, se ha obtenido como efecto jurídico, una mayor protección al cónyuge perjudicado y se ha determinado cuál es la naturaleza jurídica de la indemnización o la adjudicación de bienes, así como la forma de solicitarla ya sea expresamente en el petitorio o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi.

SEGUNDA: Se ha podido demostrar, mediante las diversas sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia después del Tercer Pleno Casatorio, que muchas veces una de las partes es notoriamente débil, por lo que la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

TERCERA: Con el fin de otorgar mayor protección al cónyuge más perjudicado con el divorcio por la causal de separación de hecho, y así como poder identificarlo, se ha determinado por medio de las sentencias casatorias después del Tercer Pleno Casatorio Civil, cuáles son los factores tomados en cuenta por los jueces supremos para su mejor resolver, así he podido observar que tienen en cuenta circunstancias, como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los

hijos menores de edad y mayores con discapacidad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

CUARTA: Con la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil, se ha dejado en claro el carácter público de las normas del Derecho de Familia, lo cual como se ha podido observar en diversas sentencias casatorias, han permitido que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad se flexibilicen, además de la ampliación del contenido de acumulación objetiva implícita. Sumado a este sistema publicístico que orienta el proceso civil, se ha podido precisar las facultades tuitivas al juez para resolver conflictos de familia.

QUINTA: En consecuencia, del análisis e interpretación realizada en las sentencias casatorias emitidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema en mi Sub Capítulo III, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, se están aplicando de forma flexible, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en los procesos de familia, especialmente cuando se refiera a los niños adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como se ha podido observar en este tipo de procesos.

SEXTA: Se ha podido demostrar, que en aplicación al Tercer Pleno Casatorio, los Jueces Supremos interpretan a la indemnización en el divorcio por la causal de separación de hecho, como una obligación legal y no como un supuesto de responsabilidad civil contractual ni extracontractual, lo cual era necesario esclarecer puesto que como se ha podido observar de las sentencias emitidas antes del Tercer Pleno Casatorio, existían sentencias contradictorias y no se establecía qué tipo de normatividad o régimen legal le resultaba aplicable, por lo que de acuerdo a las diferentes posiciones doctrinarias, para algunos juristas éstas tenían carácter alimentario, para otros, tenían carácter reparador, u

carácter indemnizatorio, otro sector importante de la doctrina postulaba que se trataba de una obligación legal y para otro sector de la doctrina nacional, ésta poseía un carácter de responsabilidad civil extracontractual. Estableciéndose así que el fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

SÉTIMA: Así mismo, al realizar el análisis de las sentencias casatorias, se ha observado que la indemnización o adjudicación proveniente de la sociedad de gananciales puede obtenerse cuando la misma se solicita expresamente en el petitorio, o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi, esto es, cuando se haya alegado hechos claros y concretos que justifiquen su otorgamiento.

OCTAVA.- En el Tercer Pleno Casatorio la acumulación de pretensiones es una acumulación objetiva accesoria implícita, tácita o legal, de conformidad con el último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.

NOVENA.- Sin embargo, a pesar que el Tercer Pleno Casatorio, ha esclarecido y establecido reglas que servirán para una mejor interpretación de la norma que nos ocupa, artículo 345-A de nuestro Código Civil, he podido observar que aún en muchas judicaturas no están siendo valorados y no se están fijando indemnizaciones pese a que nos encontremos frente a la posibilidad de admitirse petitorios implícitos al contarse con elementos probatorios, indicios o presunciones que permiten identificar a un cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Debe existir mayor estudio en la especialidad referida al derecho procesal familiar, puesto que su desconocimiento hace que los jueces teman flexibilizar los trámites rigiéndose por las reglas imperativas del derecho procesal civil, sin considerar que los casos de familia implican problemas humanos inherentes a la dignidad de la persona involucrada, por lo que al ser un proceso tuitivo que se orienta a resolver conflictos personales, el juez debe revisar y dar solución inmediata a las controversias que observe a fin de evitar judicializar cada tema familiar, en tanto ello no favorece la coparentabilidad ni el vínculo interpartes, más aún si no existen muchos abogados especializados en la temática, lo cual genera un ejercicio profesional insuficiente que no le permite a las partes conocer todos los aspectos que se pueden ventilar y resolver dentro del proceso, por lo que ante el desconocimiento de la parte, es el juez quien debe indagar cuáles son las pretensiones que se requieren resolver evitándose procesos innecesarios.

SEGUNDA: Que, la Corte Suprema de Justicia en el Tercer Pleno Casatorio, debería establecer en qué tipo de acumulación nos encontramos, se infiere que al establecer que el artículo 345- A del Código Civil impone un deber al juez para pronunciarse sobre el cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad de gananciales, se trata de una acumulación objetiva implícita, tácita o legal, conforme al último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.

TERCERA: Los problemas de familia resultan tan sensibles, que consideramos que debe darse un concepto amplio al concepto de acumulación objetiva implícita, pues debe proceder aún en casos no previstos en la ley, por ejemplo, en aquellos conflictos donde exista la necesidad de pronunciarnos sobre una situación jurídica que es relevante para un menor. Proponemos a modo de ejemplo, un caso de impugnación de reconocimiento de paternidad, en el cual el reconocimiento quedará sin efecto, por ende, el menor se quedará sin apellido paterno, situación donde existe la “necesidad” de pronunciarse sobre la verdadera filiación

biológica del menor, dado que resulta una medida favorable al menor, de no ser así, no debería ampararse la demanda.

CUARTA: Asimismo, considero que los magistrados supremos debieron precisar a qué se le llaman hechos claros y concretos, pues los abogados podrían interpretar que con exponer una situación determinada en un escrito cualquiera, por ejemplo los alegatos, el juez tendría que resolver en la sentencia aquello, debiendo precisar que no es tan fácil interpretar la voluntad de los intervinientes en el proceso, pues podría ser que se exponga un hecho pero a su vez la parte se esté reservando su derecho de accionar sobre dicha pretensión en otro momento, lo que puede traer consigo serias denuncias contra el magistrado y sendos pedidos de nulidad, al haberse pronunciado sobre algo que formalmente no ha sido pedido conforme a ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

MATERIALIZADA

- ✓ AGUILAR GRADOS, G. (2005). El ABC del Derecho Civil (2da. edición ed.). EGACAL.
- ✓ AZPIRI, J. O. (2000). Derecho de familia. Buenos aires: HAMMURABI S.R.L.
- ✓ BAQUERO ROJAS, E. y. (1994). Derecho De Familia y Sucesiones. México: Harla S.A.
- ✓ BASADRE, J. (s.f.). Historia del Derecho Peruano.
- ✓ BOSSERT, G. A., & A. ZANNONI, E. (s.f.). Manual de Derecho de Familia.
- ✓ BUSTAMANTE., F. (1995). Los Sistemas Procesales En El Nuevo Código Procesal Civil. LIMA, PERÚ: Revista Derecho Procesal Civil Doctrina, Facultad de Derecho UPSMP.
- ✓ CABANELLAS, G. (s.f.). Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual.
- ✓ CABELLO MATAMALA, C. J. (2003). Divorcio ¿remedio en el Perú? En: derecho de familia. LIMA: Libreria y Ediciones Jurídicas.
- ✓ DIEZ PICAZO, L., & GULLÓN, A. (s.f.).
- ✓ ENDERLE, G. J. (2007). La congruencia procesal. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- ✓ ESPINOZA ESPINOZA, J. (2005). Los Principios Contenidos En El Título Preliminar Del Código Civil Peruano De 1984 (Segunda edición ed.). Lima: fondo editorial de la pontificia universidad católica del Perú.
- ✓ ESPINOZA ESPINOZA, J. (s.f.). Derecho de la responsabilidad civil. (Segunda edición actualizada y aumentada ed.). Lima, Perú.
- ✓ EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (2000). Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho. Editorial Lex Nova.
- ✓ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (s.f.).
- ✓ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (s.f.). El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán.

- ✓ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2009). Derecho de las personas (Décimo primera edición actualizada y aumentada ed.). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- ✓ GHERSI, C. A. (2002). Daño moral y psicológico, daño a la psiquis (Segunda edición actualizada y ampliada ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ✓ GUASP, J. (1968). Derecho Procesal Civil. Madrid: Editorial Instituto de Estudios Políticos. Tomo I.
- ✓ GUTIERREZ CAMACHO, W., & REBAZA GONZALES, A. (2003). Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges. código civil comentado. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ HERRERA NAVARRO, S. (s.f.). El proceso de divorcio.
- ✓ Hinostroza Minguez, A. (s.f.). Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio (Primera edición ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- ✓ Juan Monroy Gálvez, J. M.-2. (2003). La Formación del Proceso Civil Peruano. LIMA: Comunidad Lima.
- ✓ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1978). Separación de hecho entre cónyuges. Buenos Aires: ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA.
- ✓ MALLQUI REYNOSO, MAX. (2001). Derecho de familia. Lima, Perú: San Marcos.
- ✓ MOMETHIANO, M. / . (s.f.). Derecho de Familia.
- ✓ MURO ROJO, M., & REBAZA GONZALES, A. (2003). "Concepto De Divorcio". en: código civil comentado. Lima: gaceta jurídica s.a.
- ✓ Osterling Parodi, F. (s.f.). Las Obligaciones en: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios (Vol. Tomo V.).
- ✓ PERALTA ANDÍA, J. (1996). El derecho de familia en el código civil. Lima, Perú: IDEMSA.
- ✓ Pizarro Ramón, D. (2004). Daño Moral. Prevención. Reparación. Punción, el daño moral en las diversas ramas del Derecho. (Segunda edición ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
- ✓ Plácido Vilcachagua, A. F. (s.f.).
- ✓ Plácido Vilcachagua, A. (s.f.). Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil.

- ✓ PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. P. (s.f.). Manual de derecho de familia. Lima.
- ✓ Quispe Salsavilca, D. (s.f.).
- ✓ Quispe Salsavilca, D. P. (s.f.).
- ✓ RAMOS NUÑEZ, C. (s.f.). Acerca Del Divorcio.
- ✓ ROSAS YATACO, J. (2009). Manual De Derecho Procesal Penal Con Aplicación Al Nuevo Proceso Penal. Lima: Jurista Editores Eirl.
- ✓ SALSAVILCA, D. Q. (2002). El nuevo régimen familiar peruano, brevarios de derecho civil N° 2. Lima, Perú: Cultural. Cuzco S.A.C.
- ✓ VALVERDE, E. (1942). Derecho De Familia En El Código Civil Peruano. Lima, Perú: Ministerio de Guerra.
- ✓ VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2004). Divorcio, Filiación y Patria Potestad. LIMA, PERÚ: edotira jurídica Grijley.
- ✓ VELASQUEZ GOMEZ, J. (1984). Procesos Civiles de Conocimiento (2º ed ed.). Bogotá: Temis Librería.
- ✓ Vilela Carbajal, K. P. (Agosto de 2008). “Revisión en casación de vicio de nulidad procesal por incongruencia extra petita”. 93 a 118.
- ✓ Zannoni, E. A. (s.f.). Derecho Civil – Derecho de Familia (Vol. Tomo 2).
- ✓ Zannoni, E. A. (s.f.). Derecho Civil – Derecho de Familia (Vol. Tomo 2).

DESMATERIALIZADA

- ✓ BLANCO, V. R. (s.f.). Obtenido de <http://www.calacademica.org/diplomados/litigacion/PRINCIPIOS%20PROCESALES%20DEL%20PROCESO%20CIVIL.pdf>
- ✓ BERMUDEZ, A. R. (28 de JULIO de 2010). PROCESAL CIVIL: ALEXANDER RIOJA BERMUDEZ. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/tag/principios%20procesales>
- ✓ GOZAINI, O. (26 de Abril de 2014). Obtenido de http://ucasalvm.com.ar/derechophp/.admin/archivos/4e00f1705acbbPrincipios_Procesales.pdf

ANEXOS

ANEXO A

GUÍA DE OBSERVACIÓN DE LAS SENTENCIAS CASATORIAS ANTES DEL TERCER PLENO

DE LAS SENTENCIAS CASATORIAS ANTES DEL TERCER PLENO								
NÚMERO DE EXP°	LUGAR DE PROCEDENCIA	FECHA DE RESOLUCIÓN	MATERIA DE RECURSO	FUNDAMENTO DE RECURSO	FUNDAMENTO DE LA CORTE SUPREMA	FALLO	Datos a tomar en cuenta:	
							Demandante	Demandada
TOTAL	7							

ANEXO B

GUÍA DE OBSERVACIÓN DE LAS SENTENCIAS CASATORIAS DESPUÉS DEL TERCER PLENO

DE LAS SENTENCIAS CASATORIAS DESPUÉS DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL							
N° EXP.	FECHA DE RESOLUCIÓN.	LUGAR DE PROCEDENCIA	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	CAUSAL	CORTE SUPREMA	
						FUNDAMENTO	FALLO
TOTAL	12						

ANEXO C

**SENTENCIA CASATORIA ANTES DEL TERCER
PLENO CASATORIO CIVIL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CAS. Nº 5289-2009

LIMA

Lima, diecinueve de agosto del dos mil diez.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número cinco mil doscientos ochenta y nueve – dos mil nueve, con los acompañados y en audiencia pública de la fecha; producida la votación de acuerdo a ley se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata en el presente caso del recurso de casación interpuesto por la demandada Celia Aurora Humareda Romero contra la sentencia de vista contenida en la Resolución trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y tres, su fecha primero de octubre del dos mil nueve, emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada su fecha treinta de diciembre del año dos mil ocho de fojas cuatrocientos treinta y ocho, que declara fundada la demanda interpuesta por Claudio Condori Huaripatero de divorcio por la causal de separación de hecho por más de dos años, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por Celia Aurora Humareda Romero y Claudio Condori Huaripatero con fecha once de abril del año dos mil tres ante la Municipalidad Distrital de Barranco y por fenecida la sociedad de gananciales; con lo demás que contiene.-

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO

PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Suprema Sala mediante resolución de fecha veintinueve de marzo del dos mil diez, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de la infracción normativa sustancial del artículo 345-A del Código Civil, respecto de la cual básicamente expone: **a)** Que la norma exige que al momento de postular la demanda de divorcio, el actor debe acreditar encontrarse al día en sus obligaciones alimentarias, por lo que, en el presente caso al no estar al día el actor, la demanda deviene en improcedente, ya que se trata de un requisito de procedibilidad de la demanda; **b)** No se ha tenido en cuenta que en la contestación ha sostenido que el actor no se encontraba al día en sus

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CAS. Nº 5289-2009

LIMA

obligaciones alimentarias establecidas en el proceso de alimentos número dos mil ochocientos cincuenta y cuatro – cero cuatro seguido ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surco, estando impagas las pensiones devengadas; **c)** La Sala meritúa los documentos presentados por el actor ante la Sala, pero no toma en cuenta los documentos que corren en autos presentados por la recurrente y que demuestran que el demandante a la fecha continúa adeudando alimentos aprobados en el Expediente dos mil ochocientos cincuenta y cuatro – cero cuatro por la suma de cuatro mil novecientos trece nuevos soles con tres céntimos; **d)** Que la sentencia de vista desconoce los términos de la sentencia de vista de fecha tres de julio de dos mil siete, que declaró nula la sentencia apelada y en el que se estableció que el Juzgado haciendo uso del artículo 194 del Código Procesal Civil se informe si el actor se encuentra al día en el pago de pensiones alimenticias derivadas del expediente dos mil ochocientos cincuenta y cuatro – cero cuatro, el mismo que es distinto al proceso de prorrateo de alimentos.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la causal denunciada esta referida a la iinfracción normativa sustantiva del artículo 345-A del Código Civil, incorporado por el Artículo 4 de la Ley 27495, publicada el siete de julio de dos mil uno que señala.- ***“Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.*** (El subrayado es nuestro). *El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos.*

Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.”-----

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CAS. Nº 5289-2009

LIMA

SEGUNDO.- Que, la causal de infracción normativa se puede inferir de lo expresado por la doctrina a decir de Monroy Cabra *“Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso....”*¹ Según De Pina *“El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (...) a infracciones en el procedimiento”*². En ese sentido Escobar Fornos señala *“Es cierto que todas las causales suponen una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo”*³.-----

TERCERO.- Que, mediante la presente demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho obrante a fojas diecinueve, Claudio Condori Huaripatero pretende que se declare el divorcio por causal de separación de hecho, respecto de su cónyuge demandada, sosteniendo principalmente que contrajo matrimonio con la demandada el once de abril de dos mil tres ante la Municipalidad Distrital de Barranco. Indica que el matrimonio con la demandada Celia Aurora Humareda Romero se celebró con el único propósito de favorecer a su hija Natalia Condori Quispe quien la tuvo conjuntamente con su finada esposa Carmen Quispe de Condori ya que la demandada debía encargarse de la alimentación de su hija. Precisa que con la demandada nunca hicieron vida en común y desde que se casaron cada uno ha vivido en sus respectivas casas que desde la fecha del matrimonio hasta la actualidad han pasado más de dos años, según la Constatación Policial del veintiséis de agosto de dos mil cuatro, donde se acredita que vive conjuntamente con su conviviente Soledad Ascona García durante tres años y medios, con quien tiene una hija de un año y ocho meses;

¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, principios de derecho procesal civil, Segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, p. 359

² De Pina Rafael, Principios de derecho procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222

³ Escobar Fornos Iván, Introducción al proceso, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1990, p. 241

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CAS. Nº 5289-2009

LIMA

por tanto concluye que ha operado la causal de separación de hecho; lo que se haya corroborado con la garantías personales que solicitaron ante la Gobernación de Santiago de Surco.-----

CUARTO.- Que, el Juez de la Causa expide la sentencia apelada declarando fundada la demanda interpuesta por Claudio Condori Huaripatero de divorcio por la causal de separación de hecho por más de dos años, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por Celia Aurora Humareda Romero y Claudio Condori Huaripatero con fecha once de abril del año dos mil tres ante la Municipalidad Distrital de Barranco y por fenecida la sociedad de gananciales; con lo demás que contiene, sustentando principalmente su decisión en que los hechos alegados por el actor y el tiempo de separación de hecho están acreditados mediante Constancia Policial de fojas seis, las copias certificadas de la solicitud de garantías personales de fojas siete, manifestación de fojas quince, escrito presentado por el actor de fojas ciento quince, los que no han sido materia de tacha o impugnación. Aplica el artículo 345-A del Código Civil y señala que dicha norma exige como requisito de procedencia de la presente causal de divorcio que el demandante acredite encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones alimenticias; lo que acredita ha sido cumplido mediante el Oficio de la Municipalidad de Santiago de Surco de fojas doscientos siete, el Oficio del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja de fojas doscientos veintinueve y las copias certificadas del proceso de alimentos seguido por las mismas partes ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja de fojas cuatrocientos quince. Colige que esta acreditada la causal de divorcio establecida en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil y concluye que el daño personal no ha sido alegado por las partes del proceso según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

QUINTO.- Que, por su parte la Sala Superior expide la sentencia de vista recurrida confirmando la sentencia apelada, sustentando esencialmente su decisión en que de la revisión del proceso de prorrato de alimentos advierte que por Resolución del veinte de octubre de dos mil ocho de fojas trescientos ochenta y uno, se ha puesto en conocimiento de las partes el informe pericial

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CAS. Nº 5289-2009

LIMA

423-2008-PJ-FRR de la liquidación de alimentos devengados a favor de las alimentistas Celia Aurora Humareda Romero y otra, donde se precisa que el demandante adeuda a la primera de las nombradas dos mil sesenta y tres nuevos soles con veintisiete céntimos. Añade que si bien a la fecha de interposición de la demanda el actor no se encontraba al día en el pago de las mismas, en segunda instancia el actor ha cumplido con presentar el escrito de fojas cuatrocientos noventa y nueve, anexando el cargo del escrito presentado ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surco por el cual acompaña el depósito judicial numero 2009001000875 por la suma de dos mil doscientos cincuenta nuevos soles según fojas cuatrocientos noventa y seis; por la que al haber quedado saneada la relación jurídico procesal es procedente emitir pronunciamiento de fondo. Aplica artículo 333 inciso 12 del Código Civil y señala que los hechos expuestos en la demanda están acreditados con la solicitud de garantías personales de fojas siete lo que se haya corroborado con la manifestación de la hija Rosaria Condori Umareda prestada ante la Comisaría de Surco el dieciocho de agosto de dos mil cuatro a fojas trece. Agrega que desde la fecha del matrimonio entre las partes (once de abril de dos mil tres), no existe medio probatorio que acredite que la demandada haya hecho vida en común con el demandante, Indica que según las manifestaciones policiales de la conviviente e hijas del actor prestadas en agosto del dos mil cuatro, coinciden en exponer que Claudio Condori Huaripatero y Soledad Ascona García mantiene una relación de convivencia aproximada desde el año de mil novecientos noventa y uno, dos años antes del matrimonio lo que se haya corroborado con la Resolución Jefatural 19-2003-UP-OAF-MSS de fojas ciento dieciséis, el cargo de solicitud del demandante de fojas ciento quince, la copia certificada del acta de nacimiento de fojas cinco del proceso de prorrato de alimentos y fojas veintinueve del proceso de alimentos, contrato de arrendamiento de fojas treinta del proceso de alimentos, la constatación policial de fojas ciento veinte, la copia del documento nacional de identidad de fojas uno del proceso de alimentos, las copias certificadas del expediente administrativo trescientos sesenta y siete /cero cuatro de fojas ocho, el contrato de arrendamiento de fojas treinta y dos del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CAS. Nº 5289-2009

LIMA

proceso de alimentos, el acta de conciliación extrajudicial de fojas cuatro del proceso de alimentos, el escrito de demanda del proceso de prorratio de alimentos de fojas siete del proceso de prorratio de alimentos, el escrito presentado en el proceso de prorratio de alimentos de fojas veintinueve del acompañado, el escrito de contestación a la demanda de prorratio de alimentos de fojas ochenta y dos del acompañado y el escrito de demanda del presente proceso de divorcio de fojas diecinueve. Colige que esta acreditada que los cónyuges viven separados de hecho desde la fecha en que contrajeron matrimonio el once de abril de dos mil tres a la fecha de interposición de la demanda el siete de junio de dos mil cinco, por lo que ha transcurrido el plazo de separación. Concluye que los argumentos de la contestación de la demanda de fojas setenta y seis no han sido acreditados en autos, más aún cuando la declaración testimonial de la hija de los cónyuges de fojas seiscientos cuarenta y ocho ha perdido valor probatorio porque ha faltado al principio de veracidad.-----

SEXTO.- Que, no obstante que la denuncia casatoria esta constituida por la infracción normativa sustantiva, es necesario destacar que el principio denominado motivación de los fallos judiciales, constituye un valor jurídico que rebasa el interés de los justiciables por cuanto se fundamenta en principios de orden jurídico, pues la declaración del derecho en un caso concreto, es una facultad del Juzgador que por imperio del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, impone una exigencia social de que la comunidad sienta como un valor jurídico, denominado, fundamentación o motivación de la sentencia; el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial e incisos 3 y 4 del artículo 122 y 50 inciso 6, del Código Adjetivo.-----

SÉTIMO.- Que, en efecto como se como se puede constatar en autos, mediante los Oficios de la Municipalidad de Santiago de Surco y el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja de fojas doscientos siete 207 y doscientos veintinueve respectivamente, las copias certificadas del proceso de alimentos seguido por las mismas partes ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CAS. Nº 5289-2009

LIMA

Surco y San Borja de fojas cuatrocientos quince; lo que se haya corroborado con el escrito presentado por el actor Claudio Condori Huaripatero obrante a fojas cuatrocientos noventa y nueve, quien anexa el cargo del escrito presentado ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surco por el cual acompaña el depósito judicial 2009001000875 por la suma de dos mil doscientos cincuenta nuevos soles según fojas cuatrocientos noventa y seis; consecuentemente, el citado actor ha cumplido con la exigencia contenida en la parte pertinente del artículo 345-A del Código Civil respecto a encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, lo que ha sido valorado por las instancias de mérito en sus respectivas sentencias expedidas de conformidad con el principio de motivación de los fallos judiciales; razón por la cual no se ha configurado la infracción normativa sustantiva del artículo 345-A del Código Civil.-----

4. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas quinientos sesenta y siete, interpuesto por Celia Aurora Humareda Romero, en consecuencia decidieron **NO CASAR** la sentencia de vista su fecha primero de octubre del dos mil nueve, obrante a fojas quinientos cincuenta y tres emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “*El Peruano*”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Claudio Condori Huaripatero con Celia Aurora Humareda Romero, sobre divorcio por la causal de separación de hecho; intervino como ponente, el Juez Supremo León Ramírez.

SS.

ALMENARA BRYSON

LEON RAMIREZ

VINATEA MEDINA

ALVAREZ LOPEZ

VALCARCEL SALDAÑA

ANEXO D

**SENTENCIA CASATORIA DESPUÉS DEL TERCER
PLENO CASATORIO CIVIL**

**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Lima, tres de octubre
del año dos mil once.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número tres mil cuatrocientos sesenta y cuatro – dos mil diez, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia. **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Olga Rosario Taboada Salinas de Trelles mediante escrito obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y cinco del expediente principal, contra la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante a fojas trescientos noventa y siete, su fecha treinta de junio del año dos mil diez, que confirma la sentencia apelada de fojas trescientos treinta y cinco del mismo expediente, en el extremo que declara fundada la demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho interpuesta por Rodolfo Trelles Meneses, e infundada la pretensión accesoria de cese de la obligación alimentaria entre marido y mujer; revocando la misma sentencia en cuanto declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por concepto de daño moral, con lo demás que dicho extremo contiene, y reformándola declara infundada la citada reconvencción. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha once de noviembre del año dos mil diez, por la causal de infracción normativa prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud del cual la recurrente denuncia que: 1) Se ha infringido el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, toda vez que la Sala Superior ha resuelto indebidamente la revocatoria de la apelada en el extremo de la indemnización, limitándose a señalar que no existe nexo de causalidad entre el hecho de la separación y el daño producido, como si este último se circunscribiera únicamente a la enfermedad que padece la recurrente, obviando que ésta ha sido la más perjudicada con la separación, no sólo porque el alejamiento del cónyuge ha mellado aún más su salud, sino principalmente por el daño moral, al proyecto de vida y el daño económico que la disolución del vínculo matrimonial le causa, más aún porque ya no podrá acceder a los servicios de

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

salud gratuitos que se le brindan, y este aspecto podría ser cubierto de fijarse una indemnización adecuada, además que se encuentra acreditado en autos que fue su esposo quien se retiró del hogar conyugal y tuvo que ser demandado por alimentos; 2) El Colegiado Superior aplica correctamente el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil para el caso de la pensión alimenticia, pero olvida la segunda parte del segundo párrafo del mismo artículo, que obliga al juzgador a fijar una indemnización cuando se presente la causal del numeral décimo segundo del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil; 3) La Sala Superior no ha considerado lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta y uno del Código Civil, teniendo en cuenta que el hecho que determina el divorcio por la causal en materia fue el retiro del demandante del hogar conyugal, lo cual ha generado en la demandada un daño moral que debe ser reparado por el demandante; 4) La Sala Superior no ha tenido en cuenta los artículos mil novecientos sesenta y nueve, mil novecientos ochenta y cuatro y mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil, que establecen la concurrencia de la responsabilidad subjetiva y los elementos que constituyen la indemnización; es así que las acciones del demandado durante la convivencia conyugal y el hecho de su retiro menguaron más la salud de la demandada, conforme se ha acreditado con los exámenes médicos psicológicos y psiquiátricos. La indemnización comprende el daño moral, el mismo que implica el daño no patrimonial en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; el dolor, la pena, la angustia, la inseguridad que padece la demandada por el hecho de la separación, al considerar el matrimonio como el objetivo de su vida y el motivo de su existencia personal y social, siendo que con el divorcio ha visto y verá trastocadas sus aspiraciones, su estabilidad económica y su posición económica social actual como esposa de un General del Ejército Peruano, con todos los beneficios que ello implica a nivel de la atención de salud; y, **CONSIDERANDO:** Primero.- Que, conforme aparece de la revisión de actuados, Rodolfo Trelles Meneses interpuso demanda de divorcio por la causal de separación de hecho para efectos de que se declare disuelto el vínculo matrimonial contraído con Olga Rosario Taboada

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

CASACIÓN 3464 – 2010

LIMA

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Salinas de Trelles, el doce de diciembre del año mil novecientos cincuenta y nueve ante la Municipalidad Metropolitana de Lima, así como el cese de la obligación alimentaria. Sostiene que se encuentra separado de la demandada desde el quince de noviembre del año mil novecientos noventa y dos, fecha en que procedió a su retiro voluntario del hogar conyugal, encontrándose al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, en cumplimiento de la asignación mensual fijada por el Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja, y que se efectiviza mediante descuento en su boleta de pagos como Oficial en retiro del Ejército Peruano. Agrega que durante el matrimonio se procrearon tres hijos de nombres Rodolfo Ricardo, Liliana Patricia y María Eugenia Paola Trelles Taboada, nacidos el veinte de noviembre del año mil novecientos sesenta, veintisiete de abril del año mil novecientos sesenta y cuatro y doce de diciembre del año mil novecientos setenta, respectivamente, por lo que a la fecha ya son mayores de edad. Respecto de los bienes gananciales, hace presente que el dieciocho de marzo del año mil novecientos noventa y cuatro suscribió con la demandada la Escritura Pública de Separación de Bienes Patrimoniales, en el que se acordó la distribución equitativa de los mismos, por lo que carece de objeto pronunciarse sobre ese extremo; y con respecto al cese de la obligación alimenticia, refiere que la actora percibe rentas provenientes de los alquileres de diversos ambientes de la casa que habita, que era el domicilio conyugal, por lo que cuenta con ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, a lo que se suman los ingresos que recibió por las acciones nominales de la empresa Importaciones y Exportaciones Reflejos Sociedad Anónima Cerrada, hasta antes de su transferencia, así como por la venta de un terreno de la sociedad conyugal. Segundo.- Que, al contestar la demanda, Olga Rosario Taboada Salinas de Trelles incide en el hecho de que el actor, luego de la separación, no se preocupó por solventar una pensión de alimentos a su favor, por lo que tuvo que demandarlo en el año dos mil tres para lograr una asignación por dicho concepto. Agrega que es cierto que esporádicamente arrendó los cuartos del inmueble que habita, pero no percibió las elevadas rentas que refiere el demandante, además que éste conoce perfectamente la situación económica de la recurrente, quien además de

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

asumir los gastos corrientes se ha visto obligada a contratar seguros médicos adicionales para solventar sus tratamientos médicos y psicológicos, encontrándose imposibilitada de realizar trabajos que importen demasiado esfuerzo físico debido a los involuntarios movimientos que presenta en la cabeza y la dificultad de memoria a corto plazo, reduciéndose a vivir de la pensión establecida judicialmente, de los ingresos esporádicos que percibe por alquiler de algún ambiente de su casa y de lo que le entregan sus hijos. Asimismo, formula reconvencción para efectos de que el demandante le abone una indemnización ascendente a ciento cincuenta mil nuevos soles - S/.150,000.00- por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de los maltratos recibidos durante la vida conyugal y por la posterior separación de hecho, que deterioraron su salud mental y psicomotriz, conforme acredita con el Informe Médico e Historia Clínica respectiva, y así también se ha establecido en la anterior demanda de divorcio instada por el mismo actor, por la causal de imposibilidad de hacer vida en común. Tercero.- Que, al expedir la sentencia de primera instancia, el Juez de la causa declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, infundada la pretensión accesoria de cese de la obligación alimentaria entre marido y mujer, y fundada en parte la reconvencción, por tanto, ordena al demandante que cumpla con abonar a favor de la demandada la suma de doce mil nuevos soles - S/.12,000.00-, sin costas ni costos, por cuanto: i) Tanto el demandante como la demandada coinciden que no hacen vida en común desde el quince de noviembre del año mil novecientos noventa y dos, fecha en que el demandante se retiró del hogar conyugal, tal como se corrobora con la copia de la denuncia policial obrante a fojas dieciocho del expediente principal y con lo expuesto en la demanda de alimentos de fecha veintitrés de junio del año dos mil tres, que obra a fojas siete del mismo expediente, por lo que a la fecha de interposición de la presente demanda -tres de marzo del año dos mil ocho- han transcurrido más de dos años conforme lo exige el inciso décimo segundo del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, al no existir hijos menores de edad, por lo que procede amparar la pretensión de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho; ii) En cuanto a la pretensión de cese de obligación

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

alimentaria, se tiene acreditado en autos que la demandada percibe una pensión fijada judicialmente en la suma de novecientos nuevos soles - S/ 900.00-, la que corresponde que continúe vigente, teniendo en cuenta el estado de salud de la demandada, conforme a la documental de fojas setenta y ocho del expediente principal, y que en autos no se acredita que la demandada perciba ingresos suficientes como para poder cubrir sus necesidades, no habiéndose probado sus ingresos por arrendamiento, y en cuanto a las rentas generadas por las acciones de la empresa Importaciones y Exportaciones Reflejos Sociedad Anónima Cerrada, resulta que la demandada transfirió sus acciones el cuatro de febrero del año dos mil cuatro, según la documental que obra a fojas treinta y tres, por lo que esta pretensión deviene en infundada; iii) Con respecto a la reconvencción sobre indemnización, al amparo del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil debe establecerse cuál de los cónyuges resulta más perjudicado; y en el presente caso se advierte que el demandante fue demandado por alimentos y sentenciado a pagar a favor de la demandada una pensión mensual, además de que fue el actor quien se retiró del hogar conyugal, de lo que se puede concluir que fue la demandada la que resultó más perjudicada con la separación, más aún si se tiene en cuenta que no se ha cumplido con el deber de cohabitación, tal como lo señala el artículo doscientos ochenta y nueve del Código Civil, deber que sólo puede ser suspendido por mandato judicial en los casos que expresamente señala la norma sustantiva, iv) Siendo así, y considerando que los hechos antes descritos comprometen el legítimo interés de la cónyuge al atentar contra su honor personal, resulta procedente que la misma sea resarcida con una indemnización, debiéndose fijar una suma que a criterio del juzgador produzca una satisfacción equivalente al desasosiego sufrido, la que deberá señalarse prudencialmente, teniendo en cuenta además que si bien la demandada no padece de alteraciones psicopatológicas de psicosis, conforme a su evaluación psiquiátrica de fojas trescientos diecisiete, en su informe psicológico de fojas doscientos treinta y siete se advierte que en el área emocional se distinguen rasgos de una persona muy temerosa y retraída, lo que se corrobora del informe psicológico de fojas setenta y seis. Cuarto.- Que, al expedir la

**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

sentencia de vista, la Sala Superior confirma la apelada, revocándola únicamente en el extremo que ampara la reconvencción y subsecuentemente la indemnización solicitada por la demandada, y reformándola declara infundada la citada pretensión, por cuanto: i) A efectos de determinar un monto indemnizatorio para la cónyuge, debemos analizar cuál de los cónyuges fue el más perjudicado con la separación y, de ser el caso, establecer el nexo de causalidad adecuada entre el hecho de la separación y el daño producido. Al respecto, el demandante manifiesta en su escrito de fojas ciento nueve que las dolencias que padece la demandada son de hace muchos años atrás y no se han debido a un supuesto daño causado de su parte como producto de la separación, además de que fue tratada en el Hospital Militar e internada por dos meses, recibiendo posteriormente tratamiento ambulatorio, haciéndose ver inclusive con diversos especialistas. En efecto, a fojas ciento dieciocho de la Historia Clínica que se acompaña, se aprecia que en el mes de octubre del año mil novecientos sesenta y cinco se le diagnosticó psiconeurosis de conversión, manifestándose que: *"el día veintisiete de abril del año mil novecientos sesenta y cuatro presentó por primera vez una crisis con movimientos involuntarios de la cabeza, recayendo en el año mil novecientos sesenta y cinco al recibir la noticia de la muerte de su tía (...)".* Posteriormente, en julio del año mil novecientos setenta y cuatro -fojas dieciséis de la Historia Clínica- se realizó una junta médica para estudiar su caso, analizando el problema de espasmo de torsión del cuello, acordando que se le dé de alta, indicándose que siga un tratamiento en el consultorio externo de psiquiatría tres veces por semana, al tratarse de un caso de neurosis conversiva; ii) Asimismo, debe tenerse presente el informe psicológico que obra a fojas ciento setenta y siete del referido acompañado, que para el año mil novecientos setenta y cuatro informa: *"(...) Tiene una intensa carga agresiva que no puede canalizar; por lo tanto, no la exterioriza sino que la orienta hacia sí misma; ello origina en parte el síntoma de conversión. Además, a través del síntoma busca atraer la atención y el cariño de sus familiares; especialmente de su esposo, quien por razones de trabajo le dedica poco tiempo (...). Los síntomas depresivos se deben a una serie de frustraciones, en primer lugar la muerte de su padre significó para ella*

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

una pérdida de apoyo moral y de afecto, en segundo lugar no le interesan sus labores hogareñas sino más bien la actividad deportiva y al no poderla satisfacer crea una fuente de insatisfacción"; iii) Que, todo ello evidencia que la enfermedad que padece la cónyuge preexistió a la fecha de separación de hecho de los cónyuges; por tanto, no habiéndose acreditado el nexo de causalidad adecuada entre el hecho de la separación y el daño producido, no corresponde fijar la indemnización solicitada por la cónyuge estando a que la separación de hecho se produjo en el año mil novecientos noventa y dos, más aún si en el año mil novecientos noventa y cuatro ambos cónyuges firmaron la minuta de separación de bienes patrimoniales en la que se observa que ella quedó como única propietaria de la casa conyugal, la línea telefónica y el doce por ciento de los derechos y acciones de la empresa Importaciones y Exportaciones Reflejos Sociedad Anónima Cerrada, lo que denota las buenas relaciones de los cónyuges en aquel momento. Quinto.- Que, para efecto de absolver las infracciones denunciadas en los fundamentos del recurso, debe tenerse en cuenta que mediante sentencia expedida el dieciocho de marzo del año dos mil once en el Tercer Pleno Casatorio Civil, recaída en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez Puno, en el proceso seguido por René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velazco sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho, las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido precedente judicial vinculante en los siguientes términos: "(...) 2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos – por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona. (...) 4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización

**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) El grado de afectación emocional o psicológica; b) La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes". Del mismo modo, el precedente judicial vinculante precisa que: "6. (...) La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar". Finalmente, se dispuso que el citado precedente tendría efectos vinculantes para todos los Órganos Jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano"; y habiendo tenido lugar dicha publicación el trece de mayo del presente año, sus efectos resultan plenamente aplicables al presente proceso. Sexto.- Que, teniendo en cuenta estos parámetros, corresponde pronunciarse en primer término respecto a la causal de infracción normativa a que se contraen los dos primeros extremos del recurso de casación -puntos 1 y 2-. Como se tiene dicho en el considerando anterior, la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio estableció las bases para una correcta interpretación de los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, en especial sobre el tema de la indemnización o adjudicación preferente de los bienes a favor del cónyuge más perjudicado como producto de la separación o del divorcio en sí. Tal como se desarrolla en el fundamento cincuenta y nueve del acotado precedente, para determinar la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común -la antijuridicidad,

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución-, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno –como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto– ni la conducta antijurídica como requisitos de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concorra la relación de causalidad entre el menoscabo económico -y el daño personal- con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. "(...) *No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí*"; en otras palabras, sólo se indemnizan los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida, lógicamente, mucho antes de la interposición de la demanda, y los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica que se provoque con ocasión del amparo de dicha demanda; es decir, la situación creada con el divorcio mismo. En tal sentido, el fundamento sesenta y uno del precedente judicial ha establecido que: "(...) *para que proceda la indemnización -juicio de procedibilidad- por los daños producidos como consecuencia –nexo causal– del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues se trata del divorcio remedio. (...) es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. Cosa distinta es que en el ámbito del juicio de fundabilidad se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e*

**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

hijos. Sétimo.- Que, en el caso concreto, la Sala Superior, para efectos de estimar o rechazar la indemnización solicitada por la demandada vía reconvencción, ha establecido de forma acertada que el análisis de la procedencia de la indemnización debe reducirse a la acreditación del nexo causal entre el hecho de la separación y el subsecuente daño producido; sin embargo, al realizar el juicio de fundabilidad, sólo se limita a analizar algunos aspectos relacionados con la salud de la demandante y la distribución de los bienes adquiridos dentro del matrimonio, sin considerar otras circunstancias trascendentes insitas en el resquebrajamiento de la convivencia matrimonial como son: La afectación emocional de la cónyuge, las consecuencias de su dedicación exclusiva al hogar y a los hijos, la asistencia alimentaria, y la situación económica en la que se encuentra ahora con respecto a la que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes; aspectos tales que determinan que el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil no haya sido interpretado correctamente, en especial cuando no se considera como elementos integrantes del perjuicio al menoscabo o lesión causados a los derechos o intereses del cónyuge más perjudicado con la separación o el divorcio en sí, el cual comprende el daño moral, el mismo que está configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos o estados depresivos que padece la persona; razón por la cual estimamos que los agravios establecidos en los puntos 1) y 2) de los fundamentos del recurso de casación deben ser amparados. Octavo.- Que, de otro lado, en cuanto al agravio contenido en el tercer extremo del recurso (punto 3), la demandada refiere que se habría infringido igualmente lo normado en el artículo trescientos cincuenta y uno del Código Civil, toda vez que el hecho que determina el divorcio es el retiro de su cónyuge del hogar, y que ello generó un daño moral que debe ser reparado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el último párrafo del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del mismo cuerpo normativo dispone lo siguiente: *"Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, trescientos cuarenta y dos, trescientos cuarenta y tres, trescientos cincuenta y uno y trescientos*

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

cinquenta y dos, en cuanto sean pertinentes". En tal sentido, y teniendo en cuenta que el precedente judicial vinculante citado en autos establece que el daño a la persona comprende a su vez el daño moral, corresponderá su resarcimiento oportuno si de los actuados se acredita que los hechos determinantes del divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge más perjudicado, razón por la cual se concluye que la norma denunciada sí resulta pertinente para dilucidar los actuados, y sus alcances deberán ser evaluados al momento de realizarse la apreciación y calificación respectiva de los hechos y las pruebas por parte de este Colegiado Supremo, como producto de su actuación como sede de instancia al haberse amparado el recurso de casación por la infracción de normas materiales.

Noveno.- Que, en cuanto al último extremo del recurso de casación (punto 4), referido a la infracción de los artículos mil novecientos sesenta y nueve, mil novecientos ochenta y cuatro y mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil, se tiene que el mismo debe desestimarse, pues conforme se ha establecido el precedente judicial citado, la indemnización a que se refiere el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil no se circunscribe a los elementos subjetivos de dolo o culpa que integran la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tiene un carácter de obligación legal; así se desarrolla en el fundamento cincuenta y cuatro de la sentencia recaída en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez Puno, cuando señala: *"Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) El pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. (...) El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial"*. A ello cabe agregar que –según lo establecido en los considerandos anteriores– para que proceda la indemnización en estos casos no es necesario acreditar la

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

conurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad, sino básicamente la relación de causalidad y el daño producido. En consecuencia, no estando ante el supuesto de una indemnización por responsabilidad extracontractual, sino de una indemnización legal por aplicación de lo normado en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, resulta impertinente el análisis de este proceso a la luz de lo normado en los artículos mil novecientos sesenta y nueve, mil novecientos ochenta y cuatro y mil novecientos ochenta y cinco del mismo cuerpo normativo, razón por la cual este extremo del recurso no puede prosperar. Décimo.- Que, habiéndose amparado el recurso por la infracción de una norma de derecho material, corresponde resolver el conflicto de intereses planteado, según el mandato del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil. En consecuencia, resolviendo lo conveniente respecto del extremo que es materia de casación -la reconvención sobre indemnización por los perjuicios ocasionados producto de la separación de los cónyuges, o de los que ocasione el divorcio en sí-, este Supremo Tribunal estima que existen elementos probatorios suficientes que acreditan que la separación entre los cónyuges, y aun la declaración de divorcio en sí, ha producido un desequilibrio económico entre las partes, perjudicando más a la reconviniendo que al reconvenido, por cuanto: i) No se ha acreditado en autos que la actora desempeñe o hubiera desempeñado algún trabajo remunerado en actividades concretas, o que hubiera seguido estudios técnicos o superiores que le permitan ejercer un oficio, trabajo, empleo o profesión para subvenir sus necesidades básicas. En este hecho concreto en particular, ha incidido la situación personal de la demandada, al ser la cónyuge de un Oficial de alto rango en el Ejército Peruano, lo que ha dado lugar a que tenga que desplazarse conjuntamente con su familia a distintos destinos del país, dedicándose exclusivamente al cuidado del hogar, aun cuando el reconvenido sostenga que en los últimos años del matrimonio ésta se negó a acompañarlo -fojas ciento veinticuatro del expediente principal-, pero ello no deja de desvirtuar el hecho de que aquélla no pudo labrarse otras expectativas o sus deseos de superación personal, trayendo como consecuencia que, al momento de producirse la separación efectiva, no pueda procurarse su

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

subsistencia por sí misma y deba recurrir al auxilio de sus hijos y del alquiler esporádico de parte de la vivienda que habita, tal como ella misma lo admite y así también concuerda el propio reconvenido; ii) Se toma en cuenta también que, a consecuencia de no poder solventar su propia manutención, la reconviniendo demandó en su oportunidad la prestación alimenticia a cargo del reconvenido, pretensión que ha sido amparada por el Órgano Jurisdiccional y viene percibiendo una pensión mensual que ha sido ratificada en este proceso por las instancias de mérito; iii) Igualmente, las posibilidades de la reconviniendo de afrontar con éxito la vida de divorciada, se verán afectadas en razón de las enfermedades que padece, y cuyo tratamiento viene siendo cubierto por los servicios que brinda el Hospital Militar Central, en su condición de cónyuge del demandante. Debe tenerse en cuenta que el efecto inmediato del divorcio será la pérdida de este beneficio médico, por lo que se verá obligada a incrementar los gastos para solventar sus tratamientos; iv) No debe perderse de vista el estatus social que detentaba la reconviniendo como producto del matrimonio con el reconvenido -General de Brigada en situación de retiro-, aun cuando se encuentre separada de aquél desde el año mil novecientos noventa y dos, siendo que esas prerrogativas también se perderán a consecuencia de la declaración de divorcio, creándose así un sentimiento de pérdida, angustia y depresión que debe ser compensado; v) Finalmente, se considera también que fue el demandante quien en todo momento ha pretendido finiquitar la relación conyugal para efectos de sustraerse de sus obligaciones de asistencia mutua y cohabitación, ya que fue él quien se retiró del hogar conyugal, y fue él quien demandó anteriormente el divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, aun cuando el mismo no hubiera sido amparado. En consecuencia, a fin de reestablecer el equilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, deberá fijarse un monto indemnizatorio acorde con el perjuicio que la separación y el divorcio en sí ocasionarán a la reconviniendo, para lo cual se tendrá en cuenta que la misma ya cuenta con parte de los bienes conyugales adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, conforme a la distribución de bienes dispuesta en la Escritura Pública del dieciocho de marzo del año mil novecientos noventa y

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

**CASACIÓN 3464 – 2010
LIMA**

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

cuatro, y al hecho de que esporádicamente recibe apoyo de sus hijos e ingresos por alquiler de partes del inmueble que ocupa; en consecuencia, se estima acertada la decisión del *A quo* cuando fija en la suma doce mil nuevos soles -S/.12,000.00- el monto por concepto de indemnización que deberá percibir la reconviniente por los perjuicios ocasionados a consecuencia del daño personal infringido, y que incluye el daño moral; por tales consideraciones, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Olga Rosario Taboada Salinas de Trelles mediante escrito obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y cinco; **CASARON** la resolución impugnada, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista obrante a fojas trescientos noventa y siete del expediente principal, únicamente en el extremo que revocando la sentencia apelada declaró infundada la reconvención por indemnización formulada por la demandada; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada en cuanto declara fundada en parte la reconvención sobre indemnización, y ordena que el demandante pague a favor de la demandada la suma de doce mil nuevos soles -S/.12,000.00- por dicho concepto, con lo demás que dicho extremo contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Rodolfo Trelles Meneses contra Olga Rosario Taboada Salinas de Trelles, sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.-

S.S.

TICONA POSTIGO

PALOMINO GARCÍA

VALCÁRCEL SALDAÑA

CASTAÑEDA SERRANO

MIRANDA MOLINA

LQFIORO

