



**Universidad Científica del Perú**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

**INFORME FINAL DEL MC (MÉTODO DE CASO)**

**“CASACION N° 4664-2010 PUNO TECER PLENO CASATORIO: LA  
FIJACION DE UNA INDEMNIZACION EN EL DIVORCIO POR SEPARACION  
DE HECHO”**

**AUTOR : AMACIFUEN ORBE, CLAUDIA JULIANA**

**PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO (A)**

**San Juan Bautista – Maynas - Loreto - 2017**

**PAGINA DE APROBACIÓN**

**Trabajo de Suficiencia Profesional (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público el día Martes 01 de Agosto del año 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el Jurado Calificador y Dictaminador siguiente:**



DR. ROGER A. CABRERA PAREDES  
PRESIDENTE



DR. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ  
MIEMBRO



DR. THAMER LOPEZ MACEDO  
MIEMBRO



MGR. ALEXANDER RIOJA BERMUDEZ  
ASESOR

## **DEDICATORIA**

**A Dios por ser el que siempre guía el camino que recorremos en nuestra vida personal y profesional, a nuestros padres por ser nuestro apoyo emocional y a nuestros compañeros por brindarnos su amistad y tiempo.**

## **AGRADECIMIENTO**

**Expreso mi gratitud y agradecimiento a la Universidad Científica del Perú por la oportunidad de haberme permitido ampliar y profundizar mis convicciones profesionales y a los asesores del Curso de Titulación, por brindarme sus orientaciones jurídicas y legales en mi formación profesional.**

**La Autora**





FACULTAD DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 19:00 horas del día Martes 01 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller:

CLAUDIA JULIANA AMACIFUEN ORBE

En la modalidad de: TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO, con el tema "Casación N° 4664-2010 Puno – Tercer Pleno Casatorio: La Fijación de una Indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho"

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Table with 5 columns: Indicador, Examinador 1, Examinador 2, Examinador 3, Promedio. Rows include Dominio del Tema, Calidad de redacción, Competencia expositiva, Calidad de las respuestas, Uso de terminología especializada, and Calificación final (18).

Calificación final (en letras) DIECI OCHO

Leyenda:

Legend table with 3 columns: Indicador, Descripción, Puntaje. Rows A (Deficiente, 1), B (Regular, 2), C (Satisfactoria, 3), D (Optima, 4).

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

Handwritten signatures and labels (Firma) for the examiners.

## INDICE DE CONTENIDO

APROBACIÓN	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	viii
<b>CAPÍTULO I</b>	
Introducción	01
<b>CAPÍTULO II</b>	
2.1. Marco Teórico Referencial	
2.1.1 Antecedentes de la investigación	11-22
2.1.2. Definiciones teóricas	23-28
2.1.3. Definiciones conceptuales	28-37
2.2. Objetivos	38
2.2.1. Objetivo general	38
2.2.2. Objetivos específicos	38
2.3. Variables	38
2.3.1 Identificación de las variables	38
2.4. Supuestos	38-39
<b>CAPÍTULO III</b>	
3.1. Metodología	40
3.2. Muestra	40
3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos	40
3.4. Procedimientos de Recolección de Datos	40
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio	41
3.6. Plan de Análisis, Rigor y ética	41
<b>CAPÍTULO IV</b>	
Resultados	42-45
<b>CAPÍTULO V</b>	
Discusión	46-48

## **CAPÍTULO VI**

Conclusiones 49-50

## **CAPÍTULO VII**

Recomendaciones 51

## **CAPÍTULO VIII**

Bibliográficas 52

## **CAPÍTULO IX**

Anexos 53

Anexo N° 01: Matriz de consistencia 54

Anexo N° 02: Expediente N° 00043-2007-AA/TC LIMA – Caso: Jaime Ricardo Delgado

Zegarra 55

Anexo N° 03: Ley Orgánica de las Municipalidades 50

## RESUMEN

El presente trabajo de análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por la Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 18/03/2011, sobre la “Fijación de una Indemnización en el Divorcio por Separación de hecho”. **Objetivo:** siendo el punto principal del debate el de “Determinar si procede fijar la indemnización de oficio o si solo esta se fija a pedido de parte”. **Material y Métodos:** Se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en el Expediente N° 599-2006-FA, dando lugar a la 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**, a través del método descriptivo explicativo. El diseño fue no experimental ex post facto. **Resultados:** en la que resuelve declarar INFUNDADA, el recurso de Casación interpuesta por el demandante RENE HUAQUIPACO HANCO y ordena indemnizar a la parte demandada, CATALINA ORTIZ VELAZCO DE HUAQUIPACO con la suma de S/. 10,000.00 (DIEZ MIL CON 00/100 SOLES), en fundamento del Art. 345-A del Código Civil Peruano, por daños y perjuicios.

**Conclusión:** que el Juez pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.

### **PALABRAS CLAVES:**

**DIVORCIO, SEPARACION DE HECHO, INDEMNIZACION, DAÑO MORAL Y PERSONAL**

## INTRODUCCION

Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y de separación de cuerpos). El primero se aplica, para los casos de divorcio –sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la cual también se le ha denominado divorcio por causal inculpatorias. El segundo se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley N° 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria, siendo el presente caso desarrollar los aspectos más importantes y relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA** del análisis de diversos expedientes elevados en casación ante el Supremo Tribunal, se ha advertido que de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas Especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los Procesos de Divorcio por la causal de Separación de Hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo antes mencionado, con criterios distintos y hasta contradictorios, lo que era necesario uniformizar estos criterios.

**ANTECEDENTES** tal como se evidencia en el análisis de las Casaciones N° 5106-2009 Lima, 1585-2010 Lima, 5512-2009 Puno, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

Por lo que se evidencia **la importancia** de establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema a través del análisis de la Casación N°4664-2010 Puno, que declaró INFUNDADA el recurso, constituyendo precedente judicial vinculante.

Por lo que el **OBJETIVO** es que mediante la 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 es que al momento de una indemnización regulada en el Art. 345-A del Código Civil, 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.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material, sino también por el daño personal, justificando y fundamentando la obligación indemnizatoria es corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial y o resarcir daños; solicitada a pedido de parte o de oficio.

## **CAPÍTULO II**

### **2.1. MARCO TEORICO REFERENCIAL.**

#### **2.1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS**

En el Perú Colonial tuvo vigencia y validez el matrimonio religioso bajo las reglas del Derecho Canónico, lo que subsistió en el Perú Republicano en 1852, con la promulgación del primer Código Civil, no obstante ser este una fiel traducción del Código de Napoleón.

Dicho cuerpo de leyes definía el matrimonio como la “unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legitima, para hacer la ida común, concurriendo a la conservación de la especie humana”, reconociéndole plena validez al matrimonio canónico conforme a las disposiciones del Concilio de Trento- tal como, por lo demás, venía ocurriendo desde casi cuatro siglos antes, a raíz de la colonización- con el único requisito de que fuese inscrito en los Registro de Estado Civil.

Es con la promulgación de la Ley del 23 de Diciembre de 1897 cuando se reconocen en el Perú como igualmente validos el matrimonio canónico y el matrimonio civil. Sin embargo, este último no tiene carácter facultativo sino subsidiario para quienes declarasen previa y expresamente ser ajenos a la religión católica o separados de ella. Esta fue reafirmada con la promulgación de la Ley de 1903.

En 1920 el Congreso Nacional aprobó una Ley de Secularización absoluta el matrimonio que no llegó a entrar en vigencia, por la observación que le efectuara el ejecutivo presidido por don Augusto B. Leguía, en uso de las atribuciones que la Constitución Política del Estado de principios de dicho año le confería. No es sino hasta el 4 de Octubre de 1930 en que se llega a promulgar dicha ley mediante la Expedición del Decreto Ley N° 6889 por la Junta Militar del Presidente Sánchez Cerro, terminada la situación de facto- que tuvo vigencia hasta la promulgación y entrada en vigor del Código Civil de 1936- y en donde se legisla ampliamente el matrimonio laico al que se le confiere y reconoce efectos jurídicos de modo singular, exclusivo y excluyente, dejándose a la libertad de conciencia del ciudadano el cumplimiento de sus deberes de religión.

Allí se omite intencionalmente una definición de la institución del matrimonio- siendo consecuente con su técnica legislativa- dejando que ello sea el producto de una tarea interpretativa de la doctrina la jurisprudencia en el conjunto de su normativa.

La separación de los casados (separación de cuerpos o divorcio remedio) tiene por finalidad el reconocimiento y convalidación jurídica de una determinada realidad matrimonial en la que los cónyuges no quieren o no pueden hacer vida común. El Código Civil de 1852 permitía ello bajo una determinada causa legal, y le denominaba

llanamente divorcio, pues estaba fuera de su conceptualización y normativa la figura del divorcio vincular. No obstante, parece evidente que de producirse la separación de los casados se enerva la finalidad del matrimonio según su propia definición.

Paralelamente, la “laicización del matrimonio”, con anterioridad a la vigencia del Código Civil de 1936, por Ley N° 7894 se consagró por primera vez en el Perú, la posibilidad jurídica del divorcio vincular por mutuo disenso, inmotivado, cuyo único requisito era que el matrimonio tuviera cuanto menos una antigüedad mayor a 3 años. **Es aquí donde nace de manera legal el divorcio absoluto en el Perú.**

El 2 de Junio de 1936, con la expedición de la Ley N° 8305 por la que se le delega en el Poder Ejecutivo la facultad de promulgar el Código Civil con base en el Proyecto de Código que con mucho esfuerzo había elaborado la Comisión Reformadora, autorizándose al nombramiento de otra Comisión-Revisora, que designe el Congreso Constituyente, para que introduzca las modificaciones que estime conveniente.

### **EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1936**

El Código Civil de 1936-promulgada el 30 de agosto de dicho año por Decreto Supremo-legislo en la Sección Tercera de su Libro Segundo las normas concernientes al Divorcio Relativo y Absoluto. Paradójicamente, el consenso unánime entre los miembros de la original Comisión Reformadora, como entre los de la posterior Comisión Revisora a quienes correspondió legislar sobre el tema, fue manifiesta y expresamente antidivorcista, contrarios a la posibilidad de la disolución del vínculo matrimonial.

La explicación de este fenómeno de contradicción jurídica en la tarea legislativa se puede intentar a partir de un hecho político que ya es historia: el oncenio del presidente Leguía y la posterior Revolución Militar del comandante Sánchez Cerro, pues la liberalidad del concepto que precede a la idea del divorcio no fue permitida por un gobernante que alargó en exceso su mandato, que pretendió consagrar la Nación al Corazón de Jesús, que provocó una suerte de reactivo general una vez producida su caída de poder, dando paso firme a toda la corriente embalsada que resultase inversa a lo que le era precedente. Esto incidió inclusive, en la regulación del matrimonio civil y el divorcio vincular.

El autor Cornejo Chávez, que no oculta su posición contraria y desagradado frente a la legislación divorcista- sostiene un énfasis que el divorcio en el Perú no fue obra de juristas, sino de un parlamento heterogéneo y de un Ejecutivo, surgido de una revolución, siendo por lo tanto producto de una decisión política antes que de un pensamiento jurídico, la contradicción entre la plena convicción antidivorcista del

legislador, que sin embargo, ha legislado contra su voluntad sobre el divorcio, se han repetido históricamente, pues el actual Código Civil de 1984 también contiene normas sobre el divorcio-en cualquiera de sus formas-; y, por otro lado, que en mérito de lo anterior no ha intentado innovar dicha figura o ampliar sus alcances, limitándose a las modificaciones necesarias que aconsejan la práctica de sus más de cinco décadas de vigencia o las que fluyen necesarias por razón de congruencia. Sin embargo, con igual honestidad, deja constancia de la imposibilidad de suprimir esta figura que ya es una realidad irreversible en el Derecho familiar peruano y en nuestro ordenamiento jurídico nacional.<sup>1</sup>

### **EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1984**

El divorcio absoluto, de acuerdo con la legislación vigente puede lograrse por cualquiera de diez causas taxativamente señaladas en el supuesto de hecho establecido en el artículo 333 del Código Civil en vigencia, así como una undécima de naturaleza genérica que no requiere ni motivación, ni fundamentación, ni prueba, que es conocida como mutuo disenso.

El sustento de las causas específicas radica en el carácter de grave lesión que se realidad infiere al vínculo matrimonial, de tal suerte que su coexistencia deviene incompatible, por lo que debe desaparecer una de ellas: o la causa por el perdón-expreso o tácito-, la prescripción o la caducidad; o el vínculo matrimonial mediante el divorcio judicialmente declarado.

La causa genérica se refiere al mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, cuya invocación exime de explicación, motivación o prueba alguna. Esto es el mutuo asentimiento de un recíproco disentimiento conyugal, que impulsa a los cónyuges a la separación definitiva. Esta causa genérica se encuentra mediatizada-cosa que no ocurre con las específicas-, pues, para culminar por su mérito en el divorcio absoluto debe previamente declararse la separación de cuerpos por el mutuo disenso, y solo se puede reiterar la solicitud del divorcio absoluto cuando la sentencia de separación de divorcio relativo-, tenga determinada antigüedad.

### **LA MODIFICACION EL CODIGO CIVIL POR LA LEY N° 27495; LA CAUSAL DE DIVORCIO POR SEPARACION DE HECHO**

---

<sup>1</sup>CORNEJO CHAVEZ, Hector. Derecho Familiar Peruano. Tomo I, 2ª Edición, Ed. Universitaria, Lima, 1960, p.264

La Ley Nº 27495 promulgada el 6 de julio de 2001, incorpora al artículo 333 del Código Civil, una nueva causal de separación de los casados que llevará al divorcio vincular en el matrimonio, añadiendo el hasta entonces inexistente inciso 12 que a la letra dice:

“Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

(...)

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

Como se aprecia, la ley modificatoria del Código Civil, incorpora por primera vez— después de mas de ochenta años de vigencia del divorcio en el Perú—la separación de cuerpos y subsecuente divorcio en el Código Civil vigente. El artículo 333 del Código Sustantivo quedó modificado de la siguiente manera:

“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 común. 5) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo. 6) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. 7) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347. 8) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 10) La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. 11) La imposibilidad de hacer vida común, debidamente probada en proceso judicial. **12) La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.** 13) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.

Debemos recordar que, antes de la modificación al artículo 333 del actual Código Civil, la causa genérica a la que se refería lo que era el inciso 11 sobre el mutuo disenso, era después de transcurridos dos (2) años de la celebración del matrimonio, cuya invocación

exime de explicación, motivación o prueba alguna. Este era el mutuo asentimiento de un recíproco disentimiento conyugal, que impulsaba a los cónyuges a la separación definitiva. Esta causa genérica se encuentra mediatizada-cosa que no ocurría con las específicas-, pues para culminar por su mérito en el divorcio absoluto debía previamente declararse la separación de cuerpos por el mutuo disenso, y solo se podía reiterar la solicitud del divorcio absoluto cuando la sentencia de separación de cuerpos- o divorcio relativo-tenga determinada antigüedad.

La acción del divorcio, por causa específica, supone el enfrentamiento judicial del ofendido (titular de la acción personalísima), con el ofensor en querrela pública en la que también toma parte el Ministerio Público como demandado y obligado a la defensa del vínculo matrimonial, y en la que afloran inevitablemente las interioridades maritales.

Por el contrario, cuando la causa sea la genérica del mutuo disenso, la ubicación procesal en juicio de ambos cónyuges en la misma-codemandantes- en tanto que el emplazado es el Ministerio Público contra quienes legalmente debería litigar.

Al respecto, cabe señalar que si bien el carácter mixto de nuestro sistema, evidentemente se ha flexibilizado favoreciendo el divorcio, la gran pregunta a plantearse es si la actual legislación, tal y como su complejidad la presenta, supera la comprensión del divorcio remedio pleno, conduciéndonos a puntos cercanos al otro extremo del péndulo divorcista.

Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máximo si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales; ha adicionado esta causal, que si bien posibilita la invocación del hecho propio, al no distinguir responsables de la ruptura factual de la relación matrimonial, regula de modo reparatorio los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo, a partir de la modificación que se ha realizado, al mismo tiempo, del artículo 345 el Código acotado.

Y es que en la Ley modificatoria, se incluye el artículo antes mencionado-el artículo 345-A- que a la letra dice:

**“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 323,324,342,351 y 352 en cuanto sean pertinentes”

Como se puede observar de la norma modificatoria, se sigue el mismo esquema del sistema de divorcio en el Perú vigente desde el Código Civil de 1936, el cual establece el divorcio en dos etapas: primero, el divorcio relativo, como paso necesario y antecedente del divorcio absoluto.

Así, por medio de esta nueva causal de separación de hecho del matrimonio, no será posible intentar directamente el divorcio vincular, sino que su invocación inicial ante el juez solo podrá tener como pretensión en lograr, en un primer momento, acceder al divorcio relativo.

Así, lograda la separación de los casados, por mérito de la causal de separación de hecho, esta deberá mantenerse cuando menos por un periodo no menor a seis meses, por lo que transcurrido este, y conforme a la modificatoria del artículo 354 (siguiendo el esquema del Código Civil para el régimen general del divorcio sanción, divorcio remedio y divorcio convencional), cualquiera de los cónyuges ya separados, pero a los que les subsiste el vínculo matrimonial, podrá convertir esa separación de los casados o divorcio relativo, en una sentencia de divorcio vincular, que termine definitivamente con el vínculo matrimonial y que por su mérito deberá ser establecida en el Registro de Estado Civil, donde el matrimonio original fue reconocido y en el Registro Personal de los Registros Públicos del lugar de domicilio de los que ahora en adelante serán exconyuges, adquiriendo nuevamente el estatus de célibes.

Por otro lado, esta nueva causal establecida en la Ley N° 27495, modifica además el Código Procesal Civil con relación a la tramitación, indicando que esta se realizara a través de un proceso de conocimiento, siendo para el caso de la causal de separación el proceso cognitivo-abreviado.

En este proceso, se tendrá que presentar como medio probatorio la acreditación del plazo efectivo de separación de los casados y, para efectos de determinar si el plazo de la separación es de dos (2) o cuatro (4) años, la acreditación de la existencia o no de hijos menores habidos en el matrimonio. Asimismo, el juez, conforme al artículo 345-A

del Código, deberá en su sentencia compensar de modo apropiado al cónyuge no causante de la separación.

## **2.1.2. ANTECEDENTES DE ESTUDIO**

### **ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL**

Mediante el artículo 4 de la Ley N.º 27495 que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, se incorporó al Código Civil el artículo 345-A referente a la indemnización en caso de perjuicio.

Dicho artículo señala 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.

Es la segunda parte de este artículo que ha generado interpretaciones divergentes en nuestra judicatura hasta antes de la emisión del Pleno Casatorio bajo comentario, pues señala que el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulta perjudicado por la separación de hecho, así como la de los hijos; deberá señalarse 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, siendo además aplicables a favor del cónyuge perjudicado las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del mismo Código, en cuanto sean pertinentes.

Como bien señala el pleno casatorio bajo comentario, a nivel judicial se han dado diversas interpretaciones a este artículo, así tenemos los siguientes fallos:

**a) Casación N.º 208–2004–Piura: “El juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado debido a la separación de hecho. En tal sentido, establecerá un monto de indemnización por daños, incluyendo el daño personal o inclusive ordenando la adjudicación preferentemente de un bien social. Por otro lado, la pensión alimenticia es un concepto independiente respecto a la indemnización”.**

**b) Casación No. 2003–1284–00–1SC: “El a quo sostiene no haberse probado responsabilidad de alguno de los cónyuges en la separación, por lo que considera que no corresponde la aplicación del segundo párrafo del artículo 345–A del Código Civil, empero, en el fallo ordena que el demandado pague una indemnización de daños y perjuicios, lo que no guarda coherencia con lo señalado. Este colegiado, considera que la demandante al subsanar su demanda,**

ha solicitado la indemnización por daño personal, sin que haya fundamentado tal daño, no habiéndose acreditado cómo fue perjudicada por la separación de hecho, menos el nexo causal entre este y el daño irrogado; por lo que no corresponde fijar indemnización por tal concepto”.

c) Casación N.º 2178–2005–Lima: “Si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación, a efectos de fijar una indemnización a cargo de la parte menos afectada; sin embargo, en este caso se advierte que la demandada no acredita su condición de cónyuge perjudicada, además que su conducta procesal no hizo notar esa condición a efectos de verse beneficiada con alguna indemnización”.

d) Casación N.º 2449–2006–Cusco: “La norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido. Siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 345–A del Código acotado, en forma imperativa, exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efectos de cuantificarlo vía indemnización; por lo tanto, es cierto que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización, pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado”.<sup>2</sup>

En las casaciones antes indicadas se evidencia que, a pesar de que han sido emitidas en procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, tienen orientaciones diferentes, así, en la primera al hablar de la obligación del juez de establecer una indemnización por daños, se habla del daño personal, o en todo caso que se debe disponer la adjudicación preferente de un bien social; la segunda se refiere no sólo al daño personal, sino que va más allá al referirse a la existencia de nexo causal entre la separación y el daño; la tercera señala que la demandada al no haber acreditado ser la perjudicada, y al no haber invocado esta condición, no puede ser indemnizada; finalmente la cuarta señala que el Juez tiene la obligación de fijar una indemnización cuando se acredite el daño personal o moral.

**CASACIÓN Nº 5106-2009-LIMA**, En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al

---

<sup>2</sup> Información extraída:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/.../III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD...>

deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.<sup>3</sup>

**CASACIÓN Nº 1585-2010-Lima**, Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.<sup>4</sup>

**CASACION Nº 5512-2009-Puno**, En este proceso en particular, el Juez de primera Instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.<sup>5</sup>

**CASACIÓN 5696-2007 MOQUEGUA**, Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución del primero de abril del año dos mil ocho, por la causal prevista en el inciso primero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia la interpretación errónea de los artículos trescientos cuarenta y cinco - A, trescientos cincuenta y cuatrocientos ochenta y uno del Código Civil, pues los juzgadores no han velado por la estabilidad de la cónyuge perjudicada con la separación de hecho, omitiendo señalar la indemnización por los daños tanto personal como moral que causa la separación al haberse truncado el proyecto de vida de un matrimonio fiel establecido en el respeto, sinceridad y fidelidad, principios que conservó la cónyuge perjudicada, quien se ha mantenido sola en compañía de sus dos hijas, dedicando su vida y su juventud a la familia constituida con

---

<sup>3</sup>Información extraída: <http://historico.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?opcion=detalle&codigo=18403>

<sup>4</sup> Información extraída:

<http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?opcion=detalle&codigo=18403>

<sup>5</sup> Información extraída de: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/Compendio.pdf>

el actor, siendo necesario por ello una indemnización, además de la adjudicación. del bien común y la continuación de la pensión de alimentos, pues es subjetivo considerar que no tiene derecho a ellos por no haberse declarado su incapacidad para el trabajo o su interdicción civil, cuando del séquito del proceso se acredita que no cuenta con bienes propios ni ganancias suficientes con las cuales pueda cubrir sus necesidades económicas, siendo pertinente el señalamiento de una pensión alimenticia a favor de la impugnante; y, declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Carmen Nancy Zevallos Vargas mediante escrito de fojas cuatrocientos sesenta y siete; CASARON la resolución impugnada, en consecuencia, NULA la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cincuenta y dos, su fecha veinticinco de setiembre del año dos mil siete, únicamente en los extremos que, confirmando la sentencia apelada, declara extinguida la obligación alimentaria y en, consecuencia, extinguido el porcentaje de descuento de los haberes del demandante por concepto de alimentos, así como también en cuanto tácitamente se pronuncia denegando el pago de una indemnización a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; y, actuando en sede de instancia, REVOCARON la sentencia apelada de fojas trescientos sesenta y tres, su fecha diecisiete de mayo del año dos mil siete, en cuanto a los extremos antes referidos, y reformándola, declararon FUNDADO el pedido de indemnización solicitado por la demandada al amparo del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, fijándose como reparación la suma de tres mil nuevos soles; declarando que CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la pretensión de cese de la obligación alimentaria entre el marido y la mujer; dejando a salvo el derecho para que el actor lo haga valer en la vía pertinente.<sup>6</sup>

**Cas. N 2802 -2007-LIMA** Se interpone recurso de casación, contra la sentencia expedida por la Sala Permanente Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia que declara fundada la demanda de separación de hecho y que inaplica el artículo 345 - A del Código Civil en cuanto a que el demandante debe acreditar estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas para demandar el divorcio y en cuanto a que el juez deberá velar por la estabilidad del cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho, debiendo señalar por ello una indemnización por daños ocasionados u ordenar adjudicación preferente de bien social. Al respecto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema indica que los juzgadores deben pronunciarse necesariamente aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia de un cónyuge perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios existentes. Así indica que el cónyuge se ha venido desempeñando como miembro del Ejército del Perú,

---

<sup>6</sup> Información extraída : <https://vlex.com.pe/vid/-65186504>

continuando con su profesión militar percibiendo pensión de cesantía, mientras que la cónyuge accionante no ha podido ejercer alguna profesión u oficio durante dicho lapso sino que por el contrario se ha dedicado a las labores de casa y es con la separación de hecho que se ha truncado su proyecto de vida en común. Así esta Sala Suprema declara FUNDADO el recurso de casación, nula la sentencia de vista en el extremo indemnizatorio, revocándose la sentencia apelada; reformándola depusieron que el cónyuge pague a favor de la cónyuge la suma de S/ 5000.00 (cinco mil nuevos soles) por concepto de indemnización por daño moral y daño a la persona.<sup>7</sup>

**CASACIÓN Nº 4310-2014, LIMA.** declara FUNDADA la demanda de divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial contraído por Víctor Chávez Coras con Teodosia Lago Chungui el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y ocho ante la Municipalidad de Ate Vitarte; no fija indemnización alguna por perjuicio en la separación por improbada; correspondiendo la patria potestad de la menor Edith Chávez Lago a ambos padres, ejerciendo la tenencia la madre y fijando un régimen de visitas a favor del padre; por fenecida la sociedad de gananciales, debiendo procederse a su liquidación en ejecución, previa acreditación de los bienes que conforman la misma; e improcedente la reconvencción por adulterio.<sup>8</sup>

**CASACIÓN Nº 1737-2015, TACNA,** mediante resolución de fecha diecinueve de junio de dos mil quince, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante Dominga Vanegas Pataca, por infracción normativa de los artículos infracción normativa de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado; infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil y apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio (Casación Nº 4664-2010-Puno).

Es materia de debate determinar si se han incumplido las reglas del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales, así como si se ha incumplido el precedente vinculante establecido en el Tercer Pleno Casatorio.

(...) Considerando Quinto.- Igualmente, la recurrente refiere que se ha infringido el artículo 345-A del Código Civil en tanto los jueces y el Estado deben flexibilizar los

---

<sup>7</sup> Información extraída:

<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=463&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>

<sup>8</sup> <http://legis.pe/casacion-4310-2014-lima-procede-divorcio-por-separacion-hecho-pese-a-proceso-de-alimentos/>

principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, dado que los magistrados ejercen funciones tuitivas en los conflictos de familia, protegiendo a la parte perjudicada. Sostiene que no se ha tomado en cuenta que el demandado tiene otra pareja formada, por lo que posibilidad de insertarse en el hogar conyugal ya no es posible. Finalmente, la recurrente expresa que ha habido apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio (Cas. 4664-2010-Puno), pues ya la Corte Suprema ha establecido que en los casos de familia el juez tiene facultades tuitivas, debiendo flexibilizar principios y normas, sin embargo la Sala Superior no ha usado dicha facultad, ignorando además que incluso no se hubiera solicitado indemnización, es deber del juez fijarla de oficio o adjudicar los bienes sociales.

Sexto.- Sobre el particular debe señalarse que la demanda es una de divorcio por separación de hecho por más de siete años consecutivos. Siendo ello así, la sentencia impugnada ha analizado si se dan de manera concurrente los supuestos de dicha separación; en estricto: los elementos temporales, subjetivos y objetivos. Haciendo el referido examen, la Sala Superior, en posición que comparte este Tribunal, ha sostenido que si bien se dan los elementos temporales (más de dos años de separación) y objetivos (la separación misma), no ocurre lo mismo con el elemento subjetivo, pues aquí se advierte que el retiro del hogar conyugal del demandado fue por mandato judicial y que fue la propia demandante quien se opuso al reingreso de su esposo a la casa conyugal. Es verdad que hay una función tuitiva en este tipo de procesos, pero no es menos cierto que, en el presente caso, el hecho en el que se funda la demanda, no es la propia separación de hecho de la accionante, sino en la que habría incurrido el demandado, conforme se lee del texto de la demanda, y es tal separación la que se debe evaluar dada las consecuencias de este tipo de sentencias y la imposibilidad de generar indefensión a una de las partes.

Por esto fundamentos y en aplicación de artículo 397 del Código Procesal Civil: a) Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Dominga Vanegas Pataca (página trescientos cincuenta y uno); en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince.<sup>9</sup>

### **2.1.2. Definiciones Teóricas.**

---

<sup>9</sup> Información extraída: <http://legis.pe/pdf-cas-1737-2015-tacna-no-hay-separacion-de-hecho-si-esposo-se-retiro-del-hogar-por-mandato-judicial-legis-pe/>

**LOS HERMANOS MAZEAUD** han definido al divorcio como la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos<sup>10</sup>.

Sólo con el divorcio se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causas expresamente establecidas en la Ley, debiendo los hechos que las constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol, de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido, en caso contrario, estaríamos incurso en otra institución: la invalidez del matrimonio.

**COLIN Y CAPITANT**, el divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges. Según esto, puede decirse que el divorcio es la disolución legal y judicial del matrimonio, con carácter definitivo. El divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por ley.<sup>11</sup>

**DIEZ-PICAZO Y GULLON** nos dicen que el divorcio es una decisión del Estado dictada en sus tribunales, previa acción y proceso contradictorio, dado que no puede existir un derecho individual y libérrimo de la persona a la recuperación de su libertad, pues ello sería semejante a los repudios: tampoco es posible un divorcio por decisión unilateral, es necesario apoyarse en una causa legítima tipificada. En base a ello, se ha señalado a nivel jurisprudencial que el "Divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial."<sup>12</sup>

**PLACIDO VILCACHAGUA**, la Separación de Hecho es un criterio unánime de la doctrina el considerar a la separación de hecho como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por la voluntad de uno de ellos o de ambos, ya sea que se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable o de un cónyuge

---

<sup>10</sup> Henry Mazeaud, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, Europa-América, 1959, Parte 1, t. IV, p. 369.

<sup>11</sup> COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I, 2ª Edición, Reus. Madrid, 1941, p. 416

<sup>12</sup> Casación Nº 2239-2001 Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de Enero del 2003

inocente o perjudicado; por lo tanto, a través de esta causal es posible que el accionante fundamente su pretensión en hechos propios.<sup>13</sup>

En sede Judicial se ha precisado al respecto: La separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; cuando se ha producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge-culpable y de un cónyuge-perjudicado y a través de esta causal es posible que el accionante fundamente su pretensión en hechos propios. Cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción conforme a esta causal, ya que no está limitada por la ley.<sup>14</sup>

Del mismo modo se ha indicado que: "(...) la separación de hecho de los cónyuges por un periodo prolongado o ininterrumpido de dos a cuatro años, según sea el caso, sin la voluntad de hacer vida en común, puede acaecer por el abandono de hecho de uno de ellos, por provocar el uno el alejamiento del otro, o por acuerdo mutuo de separarse de hecho en otras vicisitudes. Cualesquiera que fuere la circunstancia, "la interrupción de la cohabitación durante un lapso prolongado constituye la revelación más evidente de que el matrimonio ha fracasado", es por eso que el divorcio por esta causal objetiva no requiere que los cónyuges manifiesten las motivaciones que los llevaron para interrumpir su cohabitación. Basta confirmar que el hecho objetivo que dejaron de vivir en consumo y cada uno de ellos vivió separadamente del otro, sin ánimo de unirse. Sin embargo, la separación temporal de los cónyuges no debe tener como causa hechos ajenos a la voluntad de ambos, esto es sin que una necesidad jurídica lo imponga, por ejemplo, por razones de trabajo que uno de los casados deba ausentarse, en cuyo caso la causal no es viable, siendo que la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495 establece: " para efectos de la aplicación del inciso duodécimo del artículo trescientos treinta y tres no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo" (Cas. N° 540-2007-TACNA, El Peruano, 03/02/2009)

**CARDENAS RODRIGUEZ**, establece que la separación de hecho consiste, como su nombre lo expresa, en la separación fáctica entre cónyuges, quienes en la practica dejan de compartir la vivencia conjunta de una relaciones conyugal. Esto engloba el dejar de

---

<sup>13</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. La Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio Remedio?. Porta de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, p.4

<sup>14</sup> Casación N° 1120-2002. Puno. El Peruano, 10/01/2003

hacer vida conjunta en el domicilio conyugal, el incumplimiento de un lapso de tiempo determinado de la cohabitación. Fue introducida en nuestra legislación a través de la Ley N° 27495, publicada en el Diario Oficial El Peruano, de fecha '7 de Julio de 2001. Así se modificaron el Código Civil y el Código Procesal Civil, a fin de darle cabida

Esta incorporación se debió a la situación de separación fáctica por la que atravesaban muchas parejas sin visos de solución, dada la irreconciliabilidad entre conyuges que ya no vivían una relación matrimonial y que, sin embargo, se encontraban condenados a la permanencia de dicho vínculo jurídico por la negativa injustificada de uno de ellos y la falta de encuadre de su situación particular en una de las causales existentes o la dificultad probatoria que traían aparejadas. Ahora con la previsión de esta figura de la separación de hecho se viene a brindar una salida a la situación disfuncional de muchos matrimonios que solo conservaban la forma mas no la sustancia de una verdadera relación conyugal, pues se facilita la extinción de un vínculo inexistente en la práctica.

Esto se revela en el alto número de casos resueltos por nuestros juzgados y tribunales, lo que ha llevado a múltiples dificultades aplicativas de la normativa vigente, sobre todo en lo que respecta a la previsión de una indemnización a favor del cónyuge mas perjudicado. Esta situación, en la que se presentaron incluso pronunciamientos contradictorios, hizo necesaria la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil, con sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano del 3 de Mayo de 2011<sup>15</sup>

**AZPIRI JORGE**, establece que en doctrina se puede hablar de dos tipos de separación de hecho: de común acuerdo, cuando los cónyuges acuerdan y deciden ambos separarse, o por voluntad unilateral, en donde uno de los cónyuges, voluntariamente y sin anuencia del otro, se sustrae a los deberes conyugales. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende, que resulta suficiente, que por lo menos uno de ellos, deba mantener la decisión de no convivir. Este elemento subjetivo se suma, entonces, al hecho objetivo de la separación para conformar los dos elementos indispensables que requiere la separación de hecho sin voluntad de unirse para posibilitar el divorcio vincula.<sup>16</sup>

**ALEX PLACIDO**, sostiene que: “La compensación del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, imputables a uno de los cónyuges”. De esta manera, el legislador, en el supuesto antes descrito, le concede al (cónyuge inocente) una suma de

---

<sup>15</sup> CARDENAS RODRIGUEZ, Luis. Abogado de la Universidad Mayor de San Marcos. Responsable del Área Civil de Gaceta Juridica.

<sup>16</sup> AZPIRI, Jorge O. Juicio de divorcio vincular y separación personal. Ed. Hammurabi, Buenos Aires,2005, p. 132

dinero por el concepto de “reparación” respecto al concepto del daño moral; siempre y cuando se determine que el divorcio comprometa gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente; como se advierte esta indemnización se sostiene en fundamentos distintos del analizado.<sup>17</sup>

**LEYSSER LEON**, que desde una posición independiente e innovadora ha advertido audazmente la incorrección de la tendencia doctrinal nacional, afirmando: “(...) a rigor de términos, esta norma (Art. 345-A) no regula un supuesto de responsabilidad civil. En sí misma, la separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que, ciertamente, puede ocasionarse, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados”<sup>18</sup>.

En sede casatoria se ha precisado que “(...) en cuanto preceptúa indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, corresponde señalar, que si bien es cierto que, el divorcio por la causal de separación de hecho a la que se refiere el Art. 333<sup>o</sup> inc. Duodécimo del Código Civil modificado por la Ley numero veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco 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 se alejó del hogar, sea porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras. Aseveración que servía para que el juez al momento de sentenciar, apreciando en conjunto y razonadamente los medios de prueba, dicte las medidas tuitivas que permitan **velar por la estabilidad económica del conyugue que resulte perjudicado** por la separación de hecho, así como la de los hijos e incluso señalando una indemnización por daños, incluyendo el daño personal. Daño que se encuentra dentro de la responsabilidad extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro (*alterum non laedere*) (Cas. N° 540-2007-TACNA, el Peruano, 03/02/2009)

De igual forma se ha manifestado que: no procede el pedido indemnizatorio por, el divorcio por separación de hecho, si posteriormente a este ambos conyuges acordaron la separación de bienes comunes, disposición de bienes para cumplir con las deudas

---

<sup>17</sup> PLACIDO, Alex. Divorcio. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 36

<sup>18</sup> LEYSSER L., León. “!30,000 dólares por daños morales en un divorcio!. De como el “daño al proyecto de vida” continua inflando peligrosamente los resarcimientos”. En: Dialogo de la Jurisprudencia N° 117, Gaceta Jurídica, Lima. Mayo 2007

sociales y otros aspectos referidos a las obligaciones alimentarias. (Cas. N° 458-2004 – LIMA, el Peruano, 31/05/2005).

Frente a lo antes expuesto concordamos con Alfaro cuando expresa que: La indemnización por separación de hecho tratada en el derecho peruano, no constituye una responsabilidad civil, sino es definitivamente una obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges, cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica que, de acuerdo con las circunstancias específicas pudiera producir. El acreedor de esta obligación es aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio por separación de hecho le haya irrogado dicho menoscabo.

El Código de 1936 promulgado el 30 de agosto de dicho año por Decreto Supremo- legisló en la Sección Tercera de su Libro Segundo las normas concernientes al divorcio **relativo y absoluto**. Paradójicamente, el consenso unánime entre los miembros de la original Comisión Reformadora, como entre los de la posterior Comisión Revisora a quienes correspondió legislar sobre este tema, fue manifiesta y expresamente antidivorcista, contrarias a la posibilidad de la disolución de vínculo matrimonial.

La explicación de este fenómeno de contradicción jurídica en la tarea legislativa se puede intentar a partir de un hecho político que ya es historia: el oncenio del presidente Leguía y la posterior revolución militar del comandante Sánchez Cerro, pues la liberalidad de concepto que precede a la idea del divorcio, no fue permitida por un gobernante que alargo en exceso su mandato, que pretendió consagrar la nación al corazón de Jesús, que provocó una suerte de reactivo general una vez producida su caída del poder, dando paso firme a toda la corriente embalsada que resulte inversa a lo que era precedente. Esto incidió inclusive, en la regulación del matrimonio civil y del divorcio vincular.

**CORNEJO CHAVEZ**, que no oculta su posición contraria y desagradado frente a la legislación divorcista- sostiene con énfasis que el divorcio en el Perú no fue obra de juristas, sino de un parlamento heterogéneo y de un ejecutivo surgido de una revolución, siendo por tanto producto de una **decisión política** antes que un pensamiento jurídico. La contradicción entre la plena convicción antidivorcista del legislador, que sin embargo ha legislado contra su voluntad sobre el divorcio se ha repetido históricamente, pues el actual Código Civil de 1984 también contiene normas sobre el divorcio- en cualquiera de sus formas-; y, por otro lado, que en mérito de lo anterior no ha intentado innovar dicha figura o ampliar sus alcances, invitándose a las modificaciones necesarias, que

aconsejan a la práctica de sus más de cinco décadas de vigencia o la que fluyen necesarias por razón de congruencia. Sin embargo, con igual honestidad deja de constancia de la imposibilidad de suprimir esta figura que es una realidad irreversible en el derecho familiar peruano y en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En el Código de 1984, el divorcio absoluto, de acuerdo con la legislación vigente, puede lograrse por cualquiera de diez causas taxativamente señalados en el supuesto hecho establecido en el artículo 333 del Código Civil en vigencia, así como una undécima de naturaleza genérica que no requiere ni motivación, ni fundamentación, ni prueba, que es la conocida como mutuo disenso.

El sustento de las causas específicas radica en el carácter de grave lesión que su realidad infiere al vínculo matrimonial, de tal suerte que su coexistencia deviene incompatible, por lo que debe desaparecer una de ellas: o la causa por el perdón-expreso o tácito-, la prescripción o la caducidad; o el vínculo matrimonial mediante el divorcio judicialmente declarado.

La causa genérica se refiere al mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, cuya invocación exime de explicación, motivación o prueba alguna. Esto es el mutuo asentimiento de un recíproco disentimiento conyugal, que impulsa a los cónyuges a la separación definitiva. Esta causa genérica se encuentra mediatizada- cosa que no ocurre con las específicas-, pues, para culminar por su mérito en el divorcio absoluto debe previamente declararse la separación de cuerpos por el mutuo disenso, y solo se puede reiterar la solicitud del divorcio absoluto cuando la sentencia de separación de cuerpos- o divorcio relativo-, tenga determinada antigüedad.

### **2.1.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES.**

#### **DIVORCIO:**

Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27495, reconoce el sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

COLIN y CAPITANT. “Es la disolución del matrimonio viviendo los esposos a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos indistintamente por las causales establecidas por ley.”

Hace suponer que sólo procede cuando están viviendo maritalmente, lo cual contradice los requisitos, pues no es necesario que los cónyuges continúen haciendo vida marital, ya que la separación unilateral por más de dos años continuos, constituye causal de divorcio.

### **DIVORCIO SANCION:**

Es aquel que considera solo a uno de los cónyuges- o ambos- como responsables de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales que impone la ley o con la conducta que el Juez valora como grave para ser normalmente negativo, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de derechos hereditarios, derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

“ La causal culposa constituye un hecho voluntario, consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento o inocencia de uno de los cónyuges, se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que ría distintos al caso en que los dos fueron calificados culpables”

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 árbitro de este, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio- sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”.

### **DIVORCIO REMEDIO:**

**No cabe en esta causal alegar que la separación es atribuible a uno de los cónyuges pues se trata de un caso de divorcio remedio, por lo que resulta irrelevante para la solución la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación. El juez debe limitarse a constatar el cese definitivo de la cohabitación por el periodo establecido<sup>19</sup>**

---

<sup>19</sup> Casación Nº 1124-2011-Lima, 31/05/2011, El Peruano, 03/11/2011.

Es aquel 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 efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció 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 los motivos”.

Con alguna razón se sostiene que “(e)l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio” ; 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 producida por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio. Ante tal perspectiva, podemos subclasificar 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 innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*)

A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno o ambos cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatória alguna.

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, o 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.

## **CAUSALES DE DIVORCIO**

Nuestro Código Civil, tras la modificación introducida por Ley N° 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo basado en la ruptura de la vida matrimonial.

Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos, estableciendo en su art. 333 las causales de separación de separación.

Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio. Por supuesto, la verificación de estas causales esta sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

## **DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO:**

Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: “ La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos.”<sup>20</sup>

También se asevera que la separación de hecho es “(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges que, 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 (...)”

---

<sup>20</sup> AZPIRI, Jorge O., Derecho de Familia, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 256.

La Corte Suprema de Justician, en reiterada jurisprudencia ha definido 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”.

### **DIFERENCIA CON EL ABANDONO INJUSTIFICADO**

En un caso se demandó divorcio por dos causales: el abandono injustificado del hogar conyugal y la separación de hecho. La sentencia casatoria consideró que el juicio de hecho, realizado por el juez según el cual el accionante habría entrado en contradicción al proponer en la demanda en forma simultánea ambas causales de divorcio, resulta errado por cuanto cada una de las referidas causales tiene su propia naturaleza, elementos, requisitos y consecuencias jurídicas<sup>21</sup>

La diferencia se encuentra, asimismo en el considerando 40 de la Sentencia recaída en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en cuyo texto se indica que la causal del abandono injustificado del hogar conyugal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente el cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Por lo cual 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 (cohabitación, asistencia alimentaria, entre otros). Esto no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que el demandante puede ser perfectamente quien se alejó del hogar.

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

Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495. Los elementos son: material, psicológico y temporal.

**-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; siendo en este caso la separación de hecho

---

<sup>21</sup> Casacion N° 2264-2010-Huauraa, 2505/2011, El Peruano, 03/11/2011

no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales.

**-Elemento psicológico:** analizando los alcances de la Tercera disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, se refiere que: “(...) no se configura la causal cuando el corpus separationis se produce como resultado de una actividad- la que indirectamente revela la presencia de una affectio maritalis. La disposición tercera solo 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 viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el animus de comunidad de vida.

Placido 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 por razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros. Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehusé 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 intención de separarse.

**-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 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.

En esta causal no opera la invocación de plazo de caducidad alguno, de conformidad con el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.<sup>22</sup>

## PLAZO

---

<sup>22</sup> Información extraída:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/.../III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD...>

En otra oportunidad se casó la de vista por no haber considerado como elementos probatorios objetivos suficientes, los actuados en el proceso sobre alimentos y aumento de estos seguido entre las partes, **para efectos de verificar razonadamente el cumplimiento o no de la separación ininterrumpida por el periodo de dos años**<sup>23</sup>

## **ACREDITACION DE CUMPLIMIENTO DE ALIMENTOS**

- **PENSION LIQUIDA**

La Sala Civil Transitoria se pronunció sobre un caso de separación de hecho en donde solo existía con anterioridad una propuesta de liquidación de pensiones alimenticias devengadas a cargo del demandante de separación, pero no había resolución que apruebe su pago ni requerimiento para su cumplimiento. La Sala establece que no podía conminársele al litigante en el proceso de divorcio por separación de hecho, al cumplimiento de una obligación alimentaria, esto es, que esté al día en el pago de sus obligaciones alimentaria, al no existir respecto de la solicitud de la demandada sobre liquidación de pensiones alimenticias devengadas, resolución judicial que apruebe el pago de estos o, en su caso, requerimiento alguno para su cumplimiento. En consecuencia, al no existir ni un requerimiento formal, ni resolución judicial que exija el pago derivado de dicha liquidación de pensiones devengadas, no puede conminársela al recurrente, al cumplimiento del requisito de procedibilidad de la causal de separación de hecho<sup>24</sup>

## **INDEMNIZACION**

indemnizar (resarcir de un daño o perjuicio). Este verbo a su vez, proviene del adjetivo latino *indemnis*, *indemne* (libre o exento de daño) que, a su vez está formado por el prefijo negativo *-in* y la raíz de la palabra *damnum*, *damni* (daño, perjuicio). Por esta razón, el concepto implícito de indemnización es el acto por el cual es resarcido alguien por algún daño que se le ha hecho.

## **INDEMNIZACION O ADJUDICACION PREFERENTE**

Obligación legal diferente de la responsabilidad civil

Este punto ha sido uno de los mas controvertidos, generándose en doctrina y jurisprudencia tendencias diversas sobre la base de la distinción o no entre indemnización y resarcimiento. Con la sentencia recaída en el pleno se fijo como

---

<sup>23</sup> Casación Nº 2732-2010-Ica, 22/06/2011, El Peruano, 30/11/2011

<sup>24</sup> Casación Nº 3944-2010-Lima, 14/10/2011, El Peruano, 31/01/2012

precedente vinculante la Regla N° 06, por la cual se entiende que la indemnización o adjudicación preferente tienen la naturaleza de una obligación legal, cuyo fundamento no esta dado por la responsabilidad civil contractual ni la extracontractual, sino por la equidad y la solidaridad familiar.

En consecuencia, se establece que la indemnización a que se refiere el artículo 345-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<sup>25</sup>

También se sigue el considerando 59 de la sentencia del pleno al establecer que para determinar la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común: la antijuricidad, 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 <sup>26</sup>

### **Indemnización y Adjudicación son excluyentes**

Según el artículo 345-A del Código Civil, el Juez deberá señalar una indemnización u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Sobre la base de la letra del precepto, se afirma que la norma citada utiliza el conectivo disyuntivo “u”, el cual tiene un sentido excluyente. Ello comporta, que el Juez, con el propósito de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, puede optar por dos alternativas excluyentes, por lo cual si opta por una de ellas se debe excluir a la otra. En el caso concreto el ad quem había señalado una indemnización a favor de la cónyuge reconviniente, en consecuencia ya no era necesario ordenar la adjudicación preferente (Casación N° 1814-2010-Lima, 18/05/2011, El Peruano, 02/11/2011)

## **PERJUICIOS INDEMNIZABLES**

---

<sup>25</sup> Casación N° 3808-2010-Lima Norte, 10/10/2011, El Peruano, 31/01/2012

<sup>26</sup> Casación N° 958-2010-Puno, 20/06/2011, El Peruano, 29/02/2012

Se ha establecido, también, que solo se indemnizan los perjuicios que se originan con ocasión de la separación de hecho producida mucho antes de la interposición de la demanda, y los perjuicios que se originen desde la nueva situación jurídica que se produzca con ocasión del amparo de dicha demanda; es decir, la situación creada con el divorcio mismo (**Cas. Nº 3808-2010-Lima Norte, El Peruano, 31/01/2012**)

## **DAÑO MORAL**

Con respecto a los conceptos incluidos dentro de la indemnización, se establece en la Regla Nº 2 con carácter de precedente vinculante que el daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

En concordancia con lo anterior, se ha indicado que el daño producido comprende el daño moral, configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos o estados depresivos que padece la persona, en este caso, el conyuge mas perjudicado (**Cas. Nº 958-2010-Puno, 20/06/2011, El Peruano, 29/02/2012**)

Una sentencia casatoria concedió indemnización ante el divorcio por separación de hecho, tomando en cuenta diversas circunstancias, entre las cuales se encuentra el daño moral producido a la demandada por la pérdida de status social al determinar, el divorcio, que esta deje de ser cónyuge de un general de brigada en retiro, ya que este hecho le produjo a la exesposa un sentimiento de pérdida, angustia y depresión (**Cas. Nº 3464-2010-Lima, 03/10/2011, El Peruano, 29/02/2012**)

## **MONTO INDEMNIZATORIO**

En este punto se considera que se puede determinar, con base en parámetros objetivos, el quantum indemnizatorio, así se podrá tener en cuenta entre otros factores, las edades de las personas perjudicadas, la duración del perjuicio, la capacidad económica del causante del daño, y las demás situaciones particulares de la víctima del daño (**Cas, Nº 2450-2010-La Libertad, 15/06/2011, El Peruano, 30/11/2011**)

## **ADJUDICACION PREFERENTE**

Aunque la mayoría de casos desemboca en una indemnización, existe ejemplos de adjudicación preferente de bien social a favor de del cónyuge más perjudicado.

## **CRITERIOS PARA OTORGAR INDEMNIZACION O ADJUDICACION**

La sentencia recaída en el Tercer Pleno Casatorio Civil, ha prestado especial atención a los criterios a seguir para otorgar la indemnización o adjudicación de bienes. Así, en

primer lugar establece en su regla N° 4 con carácter de precedente vinculante que del proceso deben verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de conyuge mas perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o divorcio en si. A continuación, señala que el juez apreciará, en el caso concreto, si se han establecido algunas de las siguientes circunstancias:

- a) El grado de afectación emocional o psicológica
- b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar
- c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para el y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge perjudicado
- d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

## **2.2. OBJETIVOS.**

### **2.2.1. OBJETIVO GENERAL:**

- Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal el Tercer Pleno Casatorio: La fijación de una Indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho- Casación N° 4664-2010 PUNO

## **2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Determinar un criterio uniformizador en las decisiones emitidas por los jueces en la indemnización de Divorcio por separación de hecho.
- Identificar pautas para una interpretación vinculante para fijar la indemnización en el Divorcio por separación de hecho
- Determinar si procede fijar la indemnización en el Divorcio por separación de hecho de oficio o si solo esta se fija a pedido de parte

## **2.3. VARIABLES.**

### **2.3.1. Identificación de las variables**

#### **- VARIABLE INDEPENDIENTE:**

El Divorcio por Causal

#### **- VARIABLE DEPENDIENTE:**

Separación de Hecho como causal

## **2.4. SUPUESTOS.**

-Si es necesario crear un criterio uniformizador frente a las Resoluciones con criterios distintos y contradictorios de los Juzgados y Salas en Derecho de Familia

- Si la fijación de una indemnización en el Divorcio por Separación de hecho solo se solicita solo a pedido de parte
- Si la fijación de una indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho se realiza solo de oficio.

## **CAPÍTULO III METODOLOGÍA**

### **3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.**

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA de tipo socio-jurídico.

### **3.2. MUESTRA.**

La muestra de estudio estuvo constituida por la Casación N° 4664-2010 PUNO TERCER PLENO CASATORIO: LA FIJACION DE UNA INDEMNIZACION EN EL DIVORCIO POR SEPARACION DE HECHO

### **3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

**ANÁLISIS DOCUMENTAL**, con esta técnica se obtendrá la información sobre Casación N° 4664-2010 PUNO-TERCER PLENO CASATORIO: LA FIJACION DE UNA INDEMNIZACION EN EL DIVORCIO POR SEPARACION DE HECHO y el Código Civil, arts. 332º, 333º y ss. 345-A y Ley N° 27497

### **3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó el expediente materia de análisis al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis de la Casación N° 4664-2010 PUNO, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco general al específico.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.

5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993) Arts. 4º y 43º, Código Civil Art. 345-A y la Casación N° 4664-2010 PUNO
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

### **3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.**

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a una Casación N° 4664-2010 PUNO- FIJACION DE UNA INDEMNIZACION POR SEPARACION DE HECHO.

### **3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.**

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

Con respecto al análisis de caso estudiado, de acuerdo al recurso de casación interpuesto por RENE HUAQUIPACO HANCO, contra la Resolución de Vista N° 47 de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvención sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

Casación que fue declarada **INFUNDADA**, en base a las siguientes consideraciones:

1. El artículo 4 de la Constitución Política del Perú, impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose a la protección a la familia y al 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, acogiendo a principios como el de socialización, igualdad, e interés superior del niño. Por otra parte, cabe destacar 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)
2. El derecho procesal de familia<sup>12</sup>, 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 conducta conciliadora y sensible que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, con la finalidad de coadyuvar en la solución del conflicto.
3. La Corte Suprema, señala que si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, las parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos “claros” y “concretos” referidos al perjuicio que resulta de la separación o del divorcio, el juez deberá considerar dicha manifestación de voluntad como un pedido o petitorio implícito, por lo que debe ser materia de pronunciamiento en la sentencia, siempre que haya respetado el derecho de

defensa y el derecho a la instancia plural, siendo dicho pedido implícito una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

4. Los elementos constitutivos de la causal son: el material psicológico y temporal.

El elemento material, que se configura por la separación corporal de los cónyuges, lo cual implica el cese de la cohabitación física, de la vida en común, lo que no obliga que vivan en lugares separados; este último criterio fue aplicado en las Salas Superiores de Familia desde el año 2006.

El elemento psicológico se presenta cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges, para reanudar la comunidad de vida matrimonial, por lo que se dice existe el ánimo de separarse<sup>20</sup>, cabe precisar que este elemento no se constituye en aquellos casos en los que los cónyuges se separan por motivos laborales o por una situación impuesta que sea imposible eludir, como por ejemplo si existiera un mandato de detención judicial, o si uno de los cónyuges viaja por razones de capacitación académica.

Tratándose del elemento temporal, este se constituye cuando existe una separación por un periodo de dos años si los hijos matrimoniales son mayores de edad o si no se procrearon hijos, y de cuatro años si los hijos son menores de edad. La norma no señala que puedan sumarse los plazos independientes como si sucede en torno a la causal de abandono injustificado de la casa conyugal; cabe precisar que en la invocación de la causal no opera el plazo de caducidad, encontrándose expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

5. Para establecer la procedencia de la indemnización, se debe establecer quién fue el más perjudicado, es así que se analizará: a) Quien ha sido el que no ha dado motivos para la separación; b) quien ha sido el que como consecuencia de la separación sufrió un menoscabo y desventaja material respecto al otro y a la situación que mantenía cuando estaba vigente el matrimonio, y c) quien ha sufrido daño a su persona, incluso daño moral.
6. Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización, existen diversos enfoques: a) que tiene carácter alimentario, b) que tiene carácter reparador o compensatorio; c) que tiene carácter indemnizatorio; d) que tiene carácter de obligación legal y d) que está vinculado a la responsabilidad extracontractual.

La Corte Suprema, luego de estudiar los enfoques señala que nuestro ordenamiento la considera como una obligación legal<sup>26</sup>, acotando que puede cumplirse a través del pago de una suma de dinero o por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal.

7. Se establece que en cuanto al daño moral, el cual se identifica dentro del daño a la persona, este se debe fijar con un criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a manera de reproche, pero tampoco un enriquecimiento que implique un cambio de vida para el perjudicado y su familia. Es menester considerar en el análisis, lo siguiente: edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse en el trabajo, dedicación al hogar y a los hijos menores, el cumplimiento de la obligación alimentaria, el abandono, la duración del matrimonio, el tiempo de vida en común, y las condiciones económicas, sociales y culturales.
8. En cuanto a la indemnización o adjudicación de oficio, se reconoce que ello requiere de una interpretación sistemática.

En este acápite se formulan una serie de interrogantes en torno a la fijación de la pretensión indemnizatoria de oficio.

Se establece que no es correcto que el juez de oficio y sin ninguna mención de la parte interesada fije un monto indemnizatorio, peor aún si existe una renuncia expresa de la pretensión por parte del cónyuge.

La Corte Suprema establece que en caso se diluya en el texto de los documentos que se presenten una intención de solicitar indemnización, se deberá considerar válido el pedido o petitorio implícito, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes.

9. Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos<sup>46</sup>, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos.

Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo

o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley

10. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las 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. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN**

1. En el petitorio de la demanda se solicita interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Asimismo, en la Contestación y Reconvención, la demandada Interpone reconvención para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles).

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; FUNDADA EN PARTE la reconvención sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

La Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre del 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvención sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

2. René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvención sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), en base a:
  - Que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa- toda vez que la reconvención por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer

- Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictorias, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

En consideración con las distintas interpretaciones del Art. 345-A del Código Civil, como se aprecia en la **Casación N.º 208–2004–Piura**, en la que establece que “El juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado debido a la separación de hecho. En tal sentido, establecerá un monto de indemnización por daños, incluyendo el daño personal o inclusive ordenando la adjudicación preferentemente de un bien social. Por otro lado, la pensión alimenticia es un concepto independiente respecto a la indemnización”; pues al hablar de la obligación del juez de establecer una indemnización por daños, se habla del daño personal, o en todo caso que se debe disponer la adjudicación preferente de un bien social; en contraste con la casación materia de análisis **CASACION N° 4664-2010 PUNO**, pues establece la fijación de la indemnización en base al daño moral y personal, existiendo una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y la situación que tenía durante el matrimonio.

Asimismo en consideración a la **Casación No. 2003–1284–00–1SC**: “El a quo sostiene no haberse probado responsabilidad de alguno de los cónyuges en la separación, por lo que considera que no corresponde la aplicación del segundo párrafo del artículo 345–A del Código Civil, empero, en el fallo ordena que el demandado pague una indemnización de daños y perjuicios, lo que no guarda coherencia con lo señalado. Este colegiado, considera que la demandante al subsanar su demanda, ha solicitado la indemnización por daño personal, sin que haya fundamentado tal daño, no habiéndose acreditado cómo fue perjudicada por la separación de hecho, menos el nexo causal entre este y el daño irrogado; por lo que no corresponde fijar indemnización por tal concepto”; en contradicción de que se refiere no sólo al daño personal, sino que va más allá al referirse a la existencia de nexo causal entre la separación y el daño.

Queda establecido en Casación N.º 2178–2005–Lima: “Si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación, a efectos de fijar una indemnización a cargo de la parte menos afectada; sin embargo, en este caso se advierte que la demandada no acredita su condición de cónyuge perjudicada, además

que su conducta procesal no hizo notar esa condición a efectos de verse beneficiada con alguna indemnización”; señala que la demandada al no haber acreditado ser la perjudicada, y al no haber invocado esta condición, no puede ser indemnizada, en contraposición con lo resuelto en la casación materia de análisis ya que para fijar una indemnización o la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiere corresponderle, se realiza a pedido de parte, pudiendo formularse tal pretensión en los actos postulatorios y después de los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado; siendo además fijada de oficio, el cual el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí.

Asimismo, en contradicción con lo emitido por la Sala Superior, en la que establece que los hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual; en contradicción con lo emitido en la **casación N° 4664-2010-Puno**, emitido POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, en la que establece que 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 si; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino la equidad y la solidaridad familiar.

## CAPÍTULO VI

## CONCLUSIONES

Como resultado de la Casación materia de análisis, se dispuso la fijación de la indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho, estableciendo reglas de carácter vinculante:

- Se destaca que en los procesos de familia, el juez tiene facultades tuitivas, y en consecuencia se pueden flexibilizar algunos principios y normas procesales como la iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en tanto se buscan resolver controversias derivadas de las relaciones familiares.

Estamos de acuerdo con esta conclusión en tanto a diferencia de lo que ocurre en otras especialidades, los jueces de familia resolvemos controversias referidas a problemas humanos.

- Se precisa que en los procesos de divorcio o separación por las causales de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado, en consecuencia, se señalará una indemnización por daños u ordenará una adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la fijación de una pensión de alimentos.

Efectivamente por la naturaleza de la causal, el juez debe velar por el bienestar del cónyuge más perjudicado por la separación.

- Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:
  - A pedido de parte podrá formularse en la etapa postulatoria.
  - De oficio el juez podrá fijarlo siempre que exista una mención expresa al respecto, precisándose que si la solicitud se realiza después de la fijación de los puntos controvertidos, se deberá proporcionar los elementos de seguridad suficientes para salvaguardar el derecho de defensa, siendo importante destacar que si se solicita después de la audiencia de pruebas, los medios probatorios que la parte ofrezca deberán ser de actuación inmediata.
  - En el estadio correspondiente el juez debe fijar los puntos controvertidos.
  - El juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes.
  - En el trámite judicial, se debe garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Respecto a los puntos enunciados nos encontramos conforme con todo lo establecido.

- Para la decisión de oficio o a instancia de parte referida al tema de la indemnización o adjudicación de bienes, deberán verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado como consecuencia de la separación o divorcio, debiéndose establecer algunas de las siguientes circunstancias:
  - a) El grado de afectación emocional o psicológica.
  - b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.
  - c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores, 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.
- El juez superior integrará la resolución impugnada cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre si existe o no un cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación aparezca en la parte considerativa de la sentencia apelada.

Es correcta la postura con la finalidad de evitar nulidades innecesarias en el proceso, siendo menester acotar que dichos actos procesales están reconocidos en el Código Procesal Civil.

- La indemnización o la adjudicación tiene la naturaleza de obligación legal, es decir, buscar corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí, por lo que su fundamento no es de responsabilidad civil contractual ni extracontractual, sino de equidad y solidaridad familiar, al respecto también coincidimos con la conclusión enunciada. Finalmente, debemos acotar que esperamos mucho tiempo por el desarrollo de este pleno casatorio, por lo que guardamos la esperanza que desde hoy los acuerdos nos permitan uniformizar los criterios en beneficio de los justiciables, las familias y los niños del Perú.

## **CAPÍTULO VII**

### **RECOMENDACIONES**

- Es necesario que se siga manteniendo el criterio uniformizador en cuanto a la fijación de una indemnización en el Divorcio por la Causal de Separación de Hecho, ya que frente a las distintas y contradictorias pronunciaciones realizadas por los jueces y la Sala Superior en Derecho, este establecido con la finalidad que no se den estas resoluciones distintas en los procesos.
  
- Asimismo, que los jueces si es que el interesado no lo ha requerido o solicitado en su pretensión, sigan estableciendo la Indemnización o adjudicación preferente en un Divorcio por Separación de Hecho para resarcir el daño moral y personal al cónyuge afectado y buscar el equilibrio económico familiar.
  
- Finalmente, que los interesados expresen de alguna u otra forma hechos concretos en sus fundamentos de hecho sobre su desequilibrio económico en comparación a lo que tenían cuando existía el vínculo matrimonial, con la finalidad que el Juez se pronuncie sobre ello.

## **CAPÍTULO VIII**

### **BIBLIOGRÁFICAS**

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

1. **Coordinador: TORRES CARRASCO**, Manuel Alberto. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA-CAUSALES, PROCESOS Y GARANTIAS. Gaceta Civil y Procesal Civil. Primera Edición. Lima, Año 2013.
2. **EL CODIGO CIVIL EN SU JURISPRUDENCIA-Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del código civil.** 1a Edición, Año 2007.
3. **CODIGO CIVIL COMENTADO-209 Especialistas en las Diversas materias del Derecho Civil.** Gaceta.Lima, 2007.
4. **GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL.** Gaceta Jurídica. Tomo 12. Lima – Perú 2014.
5. **JARA, Rebeca y GALLEGOS, Yolanda:** Manual de Derecho Civil. Jurisprudencia-Doctrina-Practica. Jurista Editores. Año 2014.
6. **GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL.** Gaceta Jurídica. **Tomo 9.** Lima – Perú 2014
7. **GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL.** Gaceta Jurídica. **Tomo 2.** Lima – Perú 2013
8. **GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL.** Gaceta Jurídica. **Tomo 1.** Lima – Perú 2013
9. **GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL.** Gaceta Jurídica. **Tomo 8.** Lima – Perú 2014.
10. AZPIRI, Jorge O., Derecho de Familia, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
11. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. La Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio Remedio?. Porta de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima,2003

## CAPÍTULO IX

# ANEXOS



## ANEXO 1

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

**MÉTODO DE CASO: CASACION N° 4664-2010 PUNO TECER PLENO CASATORIO: LA FIJACION DE UNA INDEMNIZACION EN EL DIVORCIO POR SEPARACION DE HECHO”**

**AUTOR: AMACIFUEN ORBE, Claudia Juliana.**

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Los Juzgados y Salas Especializadas que se avocan de familia están resolviendo al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios.</p> <p>Si la indemnización en el Divorcio por la Causal de Separación de hecho se realiza por pedido de parte o de oficio.</p>	<p><b>GENERAL:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal el Tercer Pleno Casatorio: La fijación de una Indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho- Casación N° 4664-2010 PUNO</li> </ul> <p><b>ESPECÍFICOS:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. -Determinar un criterio uniformizador en las decisiones emitidas por los jueces en la indemnización de</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si es necesario crear un criterio uniformizador frente a las Resoluciones con criterios distintos y contradictorios de los Juzgados y Salas en Derecho de Familia</li> <li>2. Si la fijación de una indemnización en el Divorcio por Separación de hecho solo se solicita solo a pedido de parte</li> </ol>	<p><b>INDEPENDIENTE</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El Divorcio por causal</li> </ul> <p><b>DEPENDIENTE</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Separación de hecho como causal.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Racionalidad del fallo.</li> <li>- Congruencia en el fallo del Poder Judicial.</li> <li>- Socialización y conocimiento del análisis del expediente.</li> <li>- Análisis del derecho de Propiedad.</li> <li>- Análisis de jerarquía normativa.</li> </ul>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</b></p> <p>Descriptivo</p> <p><b>DISEÑO:</b></p> <p>No experimental</p> <p><b>MUESTRA:</b></p> <p>Expediente.</p> <p><b>TECNICAS:</b></p> <p>Análisis Documental</p> <p><b>INSTRUMENTOS:</b></p> <p>Expediente.</p>

	<p>Divorcio por separación de hecho.</p> <p><b>2.</b> Identificar pautas para una interpretación vinculante para fijar la indemnización en el Divorcio por separación de hecho</p> <p><b>3.</b> Determinar si procede fijar la indemnización en el Divorcio por separación de hecho de oficio o si solo esta se fija a pedido de parte</p>	<p><b>3.</b> Si la fijación de una indemnización en el Divorcio por Separación de Hecho se realiza solo de oficio.</p>			
--	--	--	--	--	--

## **ANEXO N° 02: INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS**

# APUNTES PARA LA INTERPRETACIÓN COHERENTE DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

*Tercer Pleno Casatorio Civil 29*

**Juan Espinoza Espinoza<sup>1</sup>**

## I. LOS HECHOS

El caso es dramáticamente simple: un esposo solicitó separación de cuerpos por separación de hecho y la esposa en la reconvencción pidió una indemnización, relatando que apoyó económicamente al marido en sus estudios universitarios de profesor; pero—no obstante ello— la maltrato verbal y físicamente; agregando que el esposo tiene una relación convivencial. Tanto en primera como en segunda instancia se declara la separación de hecho y se le otorga a la esposa una indemnización por S/. 10,000.00.

Nota aparte merece la Sala Superior, que considera que se ha configurado una aflicción en los sentimientos y “frustración del proyecto de vida matrimonial”, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual. El demandante interpuso recurso de casación.

Frente al problema interpretativo que genera el artículo 345-A del CC, la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió, con fecha 18.03.11 (Cas. N.º 4664-2010-Puno), el Tercer Pleno Casatorio Civil, dictando (en atención al artículo 400 del CPC) la siguiente doctrina jurisprudencial:

“1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la formula política del Estado Democrático y Social de Derecho.

2. En los procesos sobre divorcio —y de separación de cuerpos— por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.

En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona. **3.** Respecto a la indemnización por daño o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

**3.1.** A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el

caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios. **3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados**

\* Fuente : Diálogo con la Jurisprudencia. N° 153 Junio 2011. Año 15.

**o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.**

**3.3.** En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

**3.4.** En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado — probado— la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

**3.5.** En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

**4.** Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes. **5.** El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil. **6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar”** (el resaltado es mío).

## **II. EL COMENTARIO**

La sentencia merece elogio en el sentido de que representa un esfuerzo de compatibilizar las normas del Código Civil con las del Código Procesal Civil, así como

el tratar de ofrecer una interpretación atenta a las voces de doctrina. Estoy plenamente de acuerdo con la constatación que, en materia del Derecho de Familia confluyen una serie de principios tutelares respecto a los hijos menores de edad y al cónyuge (si queremos ser maniqueístas) inocente. Sin embargo ello no es motivo para que se violenten principios de otras ramas del derecho (como es el caso de las obligaciones y la responsabilidad civil) ni la coherencia del sistema jurídico que nos rige. Por ello, creo necesario formular las siguientes observaciones:

a. En aras del principio de “socialización del proceso” se pretende que el juez sea una suerte de “patrocinante” al imponerle que, en atención a lo **alegado** por las partes, “descubra” **petitorios implícitos**. Así, al finalizar el considerando, el voto de mayoría del Pleno afirma que:

“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”.

En el considerando 12 se agrega que:

“Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos”.

En el considerando 16 se puntualiza que:

“Si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural”.

Para el voto de la mayoría ello no contraviene el principio de congruencia, en tanto se tutele el derecho de defensa de la contraparte. Ello ha sido denominado “flexibilización del principio de congruencia” (considerando 19).

b. El voto de la mayoría hace el esfuerzo teórico de clasificar el divorcio remedio (restringido y extensivo) (considerando 23), así como reconstruir históricamente el divorcio por la causal de separación de hecho (considerando 29); pero “hace agua” cuando llega a delimitar la naturaleza jurídica de la indemnización en el divorcio por separación de hecho, negándole el carácter indemnizatorio y reconociendo el de obligación legal. Así, en el considerando

54, se afirma que: “Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el **carácter de una obligación legal**, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal. **El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es**

**resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial;** en tal perspectiva, Eusebio Aparicio Auñón sostiene que "(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales". La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *quantum* indemnizatorio".

"Apuntes para una Interpretación Coherente del Tercer Pleno Casatorio Civil"

c. Creo que es pertinente distinguir la obligación de sus fuentes: la ley, el contrato, la denominada responsabilidad extracontractual, entre otras.

Asimismo, el incumplimiento de la obligación (autónoma —derivada de la autonomía de la voluntad— o heterónoma —proveniente de la ley—) genera responsabilidad civil. Cuando el voto de la mayoría entiende que la naturaleza de la indemnización (contenida en el artículo 345-A del CC) no es indemnizatoria, sino la de una obligación legal, habría que preguntar si se trata de una obligación impuesta al "cónyuge menos perjudicado" o al juez (como pareciera entenderse de alguna de las casaciones anteriores a esta sentencia).

Ahora: si se trata del primer supuesto, se debe entender que la obligación de amparar al "cónyuge más perjudicado" es la innegable consecuencia de un daño previamente producido. No se olvide que la naturaleza jurídica de la reparación es la de una obligación que se impone al causante del daño en beneficio del dañante. Si se trata del segundo caso, lo que se denomina obligación (*rectius*, deber) del juez, debe ser entendida como el resultado de las pruebas ofrecidas por la parte interesada. En ambos casos, no se podrá escapar (como pretende el voto de la mayoría del pleno) de la lógica resarcitoria.

d. Veamos en qué consisten los (vanos) esfuerzos de escapar de la lógicaresarcitoria. En el considerando 56 *in fine* se afirma que:

"En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual".

En el considerando 59 se argumenta que:

"Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí".

Si es tarea del juez determinar quien es el cónyuge que resulta “más perjudicado”, deberá individualizar los actos (necesito ser redundante para que quede claro) que lo perjudicaron (o dañaron). Ello implica, inevitablemente hacer un análisis del comportamiento de la pareja, es decir, la culpa (rompimiento de un *standard* de conducta) o el dolo (intención de ocasionar el daño). En el caso materia del pleno casatorio, la infidelidad y el maltrato físico califican el factor de atribución subjetivo de dolo. Ello evidencia que el voto de la mayoría del pleno pretende tapar el sol con un dedo: no se puede evitar el análisis del título justificativo de la responsabilidad. El hecho de que no se le denomine de esta manera (factor de atribución), no implica que no se realice esta operación.

e. Prueba de lo necesario que resulta recurrir al análisis del factor de atribución es lo que reconoce el voto de la mayoría del pleno como “cosa distinta”. En el considerando 61 se señala que:

“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 aquel abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos”.

Ello evidencia que de todas formas el juez debe analizar el factor de atribución, por más que lo niegue el voto de la mayoría del pleno casatorio.

f. Pareciera que la confusión viene de no diferenciar bien la pretensión de la separación, de la pretensión indemnizatoria. Es decir: el análisis del factor de atribución (como de todos los elementos del supuesto de la responsabilidad civil) (no) se debe hacer a propósito de la separación, sino respecto de la indemnización que ha de corresponder al cónyuge “más perjudicado”. Ello se pone en evidencia en el considerando 62, cuando se afirma que:

“En principio, no es presupuesto sine qua non 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 cónyuges, y aun en el caso de que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura”.

g. La calificación de la conducta antijurídica (dentro del análisis del comportamiento de los integrantes de la pareja) también se hace (para emplear las propias palabras del voto de la mayoría) implícitamente: tanto el adulterio como el maltrato (físico o psíquico) son reprobables (no solo moral sino) jurídicamente.

h. Extraña esta obligación legal en la cual se debe hacer el análisis causal típico de la responsabilidad civil. Así en el mismo considerando 61 se advierte que:

“[E]l Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, **pues que se trata del divorcio remedio** (sic). Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene

ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en sí, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones 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 345-A del Código Civil”.

“Apuntes para una Interpretación Coherente del Tercer Pleno Casatorio Civil”

i. El análisis del elemento daño tampoco está ausente: a propósito del denominado “daño al proyecto de vida” (en este caso, la matrimonial), es mi opinión que lejos de encontrarnos frente a una voz autónoma de daño, estamos ante un criterio para cuantificar el daño a la persona. Es cierto que la relación entre el daño a la persona es de género a especie (considerando 71).

Así, se sostiene que: “Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona.

En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor”.

Ahora bien: El hecho de que el daño moral esté comprendido dentro del daño a la persona, no implica que no deban ser individualizados. Quien los invoca, tiene la carga de acreditar en qué consistieron los hechos que generaron el daño a la persona (como por ejemplo, la lesión a la reputación) y los que generaron el daño moral (dolor, sufrimiento, pena, aflicción), así como las consecuencias dañosas que se derivaron. Por ello, al final de este considerando, se cita a una doctrina que afirma que el daño psíquico es “susceptible de diagnóstico por la ciencia médica”.

Se agrega en el considerando 74 que:

“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<sup>4</sup>. De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aun las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes”.

¿Quién debe proporcionar “los elementos de convicción”? Se entiende que lo debe hacer quien invoca el daño, para entendernos, el cónyuge “más perjudicado”.

J. **¿La indemnización se debe imponer de oficio?** La lectura correcta del artículo 345-A del CC y del voto de la mayoría del Pleno es en sentido negativo. No obstante en el considerando 77 se sostenga que:

**“El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización** o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que 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. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural” (el resaltado es mío).

Sin embargo, en el considerando 80 se aclara que:

“no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, **sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios**, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado, no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello. Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base táctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Carta Política.

No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los ‘perjuicios’”.

Dicho en otras palabras (aunque suene contradictorio): se puede fijar “de oficio” la indemnización, siempre y cuando “se hayan expresado” hechos concretos que acrediten la condición de cónyuge “más perjudicado”, así como garantizado el derecho de defensa de la contraparte.

k. ¿Qué significa que “se hayan expresado” hechos concretos? Intuyo que uno de los motivos del Tercer Pleno ha sido la (para variar) intromisión del Tribunal Constitucional en asuntos que no son de su competencia, como el caso de la aplicación del artículo 345-A del CC. Así, en la Resolución del 21.06.10 (Exp. N.º 05342-2009-PA/TC LIMA-GERLA TANGOVA-PAREDES), a propósito de las resoluciones judiciales en las cuales se interpuso recurso de agravio constitucional, se afirmó que:

“[D]e ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación

del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado con el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales”.

El Pleno “traduce” lo sentenciado por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

“[S]i no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvencción), 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 esta 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” (el resaltado es mío).

Ahora bien, esta “alegación de los hechos” debe ir aparejada a la acreditación de la “situación fáctica” que corresponde al que afirma ser el “más perjudicado”.

I. Si quedan dudas de esta lectura, en el considerando 89 *in fine*, el voto de la mayoría del pleno advierte que:

“En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado. El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimara este extremo, salvo que del proceso resulten alegaciones, pruebas, presunciones a indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley”.

Agregando, en el considerando 90, que:

“No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribe a los hechos alegados por las partes, aun cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero sí hechos respecto a los perjuicios, b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa. Si bien el artículo 480, *in fine*, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales solo deben

impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos”.

De este pasaje queda demostrado que la correcta lectura del artículo 345-A del CC. es que no se puede imponer una indemnización de oficio, sino que si le faltan elementos de convicción al juzgador, este (no obstante lo preceptuado en el artículo 480 del CPC) puede actuar pruebas de oficio (como en cualquier proceso, tal como lo regula el artículo 194 del CPC).

m. Por completitud del comentario, cito el “voto singular” de este Pleno:

“1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibilizan los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, incisos

1, 4 y 43 consagran, respectivamente: Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece. Así como reconoce la fórmula política del Estado Social y Democrático de

Derecho. 2.- En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aun si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad. 3.- **El derecho reconocido en el artículo 345-A del**

**Código Civil es irrenunciable** pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad. 4.- **En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización** por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.

5.- Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. **En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa”** (el resaltado es mío).

Para este “singular” voto, el artículo 345-A del CC es un derecho irrenunciable y el juez debe imponer una indemnización, respetando el principio de contradicción. ¿Cómo se hace esto?: misterio.

n. La argumentación de los vocales de la mayoría me hace recordar el pasaje bíblico en el cual Pedro niega tres veces a Jesús y por ello, no dejó de ser cristiano: se le niega el carácter indemnizatorio a la denominada “obligación legal” contenida en el 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.

o. En resumen: 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.

p. En mi 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).

q. 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.

**Patricia Janet Beltrán Pacheco<sup>1</sup>**

## **I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN**

El 15 de diciembre de 2010, se llevó a cabo en la judicatura peruana el Tercer Pleno Casatorio, este fue convocado por la Sala Suprema en lo Civil, participando los jueces supremos tanto titulares como provisionales, siendo menester precisar que el objetivo fue constituir un precedente judicial vinculante, en su calidad de doctrina jurisprudencial en materia familiar<sup>2</sup>.

Consideramos que la Corte Suprema espero mucho tiempo para convocar a este Pleno, en tanto, las sentencias contradictorias que dictaron durante muchos años cada una de las Salas Civiles Supremas, generaron más de una discordia y por ende desconcierto entre los justiciables, debido a que las posturas jurisdiccionales eran diversas y a veces hasta contradictorias, sin encontrar oído en el Supremo Tribunal hasta el día de hoy<sup>3</sup>.

Según la convocatoria que se efectuó en el diario oficial El Peruano, a través del Pleno se buscó una solución que coadyuvará a superar las contradicciones existentes en los fallos emitidos respecto a la naturaleza y procedencia de la indemnización del daño moral en los procesos de separación de hecho, el cual se encuentra previsto en el artículo 345-A del Código Civil, por lo que el punto principal

del debate fue: “Determinar si procede fijar la indemnización de oficio o si solo esta se fija a pedido de parte”.

Recuerdo que la audiencia del pleno, se llevó a cabo en la Sala de Juramentos de la Corte Suprema, es así que pasados unos minutos de la hora convocada, ingresaron al recinto los jueces supremos de ambas salas civiles, quienes eran los participantes, el abogado de la causa y dos *amicus curiae*, a quienes el Presidente del Pleno, hizo referencia. Cabe acotar que los abogados, especialistas en la materia controvertida, asistieron con la finalidad de otorgarle a los jueces supremos elementos doctrinales a considerar respecto al caso, por lo que cada uno en su orden y luego de oído el abogado patrocinante, expusieron sus respectivas tesis académicas<sup>4</sup>.

Las ideas que expuso el especialista en familia<sup>5</sup> fueron las siguientes:

i. La aplicación del principio de protección a la familia no implica la vulneración del principio de congruencia procesal, ni de la correcta aplicación de la función tutelar por parte de la Administración de Justicia, por lo que no se trata solo de fijarlo de oficio ni de apreciarlo solo si existe un expreso pedido de las partes.

ii. Que la protección que brinda tanto el artículo 4 de la Constitución Política del Perú como el artículo 345 del Código Civil, no solo debe ser aplicada al matrimonio, sino también a favor de los hijos.

iii. El sistema peruano es mixto, en tanto contiene parámetros objetivos y subjetivos para determinar la culpabilidad, quedando claro que el sistema no ha prescindido de la culpa del cónyuge.

iv. Existe discrepancia de criterios en cuanto a la indemnización incluso en el Tribunal Constitucional, es así que en un fallo se ha señalado que otorgar una indemnización no demandada viola la congruencia procesal mientras que en otra resolución resolvió de manera distinta.

v. La indemnización se debe considerar establecida por ley, por lo que debe ser impuesta a todos los sujetos y en todas las etapas procesales, razón por la cual debe ser consignada necesariamente como un punto controvertido.

vi. Debe recordarse que toda indemnización está relacionada con el sistema de divorcio sanción, en tanto, esta se encuentra vinculada a la culpa de uno de los cónyuges, siendo menester precisar que en el sistema de divorcio remedio la culpa no es un elemento constitutivo. Asimismo, en los sistemas mixtos, solo cabe establecer una indemnización si la causa de la disolución es subjetiva, lo que no sucede en la separación de hecho, en la cual la causa es objetiva.

vii. La indemnización responde a la naturaleza del sistema legal referida al divorcio, por lo que no se trata de un supuesto de responsabilidad civil, en la medida que no se determina por factores de atribución subjetivos —dolo o culpa— ni por factores objetivos —peligro o riesgo—.

viii. La indemnización es consecuencia de que se estima la demanda de divorcio por separación de hecho, por lo que se comprenden elementos objetivos y subjetivos para su determinación.

ix. Para otorgar una indemnización debe identificarse a un cónyuge como el más perjudicado, considerando para ello que exista una relación de causalidad. Se acotó

que el daño puede ser personal o patrimonial, asimismo debe ser cierto, debe haberse producido como consecuencia de la separación y subsistir al tiempo de la demanda, no debiéndose comprender conductas relativas a la pérdida del vínculo afectivo.

x. El daño personal se vincula a la afectación causada por los hechos que motivaron la separación y no por ella misma.

xi. La configuración legal ha limitado el daño personal al daño moral, debiéndose acotar que no se identifica el daño personal con el daño a la persona.

xii. La normativa legal determina que el daño al proyecto de vida matrimonial no tenga autonomía en sí mismo, por lo que no es compensable, por lo que debe considerarse como un elemento comprendido dentro del daño moral.

xiii. La indemnización se funda en la equidad, el enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal, por lo que su cuantificación debe valorar la personalidad de la víctima y la intensidad de la afectación.

xiv. Finalmente, se señaló que existen dos tipos de indemnización, por un lado el artículo 345-A del Código Civil, hace referencia a uno de índole económico, mientras que el artículo 351 del texto legal acotado, hace referencia al daño moral, el cual no debe vincularse a la tesis referida a la frustración del proyecto de vida.

Por otra parte, las ideas que expuso el abogado especialista en Responsabilidad Civil<sup>6</sup> son las siguientes:

i. El sistema peruano debe diferenciar de manera clara y precisa entre lo que es “indemnización” y “resarcimiento” en tanto son conceptos diferentes, en el primero no es necesario imputar responsabilidad civil, ni hablar de un culpable, mientras que el segundo implica la existencia de un acto de responsabilidad, por lo que lo regulado en el artículo 345-A del Código Civil es una indemnización.

ii. Precisó que lo normado en el artículo 345-A del Código Civil permite al juez adjudicar un bien de la sociedad conyugal en lugar de otorgar una indemnización, lo cual no tiene sustento en la responsabilidad civil.

iii. Existen graves errores en las sentencias referidas al divorcio por separación de hecho, en tanto, se contempla el tema de la responsabilidad civil objetiva, señalándose que el artículo 345-A del Código Civil, se aplica cuando se aprecia una violación a los deberes conyugales, resarciéndose el proyecto de vida matrimonial.

iv. Señaló que se han dado las siguientes comprobaciones:

- No hay responsabilidad civil en torno al divorcio ni en torno a las separaciones.
- La verdadera responsabilidad civil radica en la violación de derechos constitucionales al interior del matrimonio (daños endofamiliares).
- La antijuricidad no es presupuesto ni elemento de la responsabilidad civil en el Perú.
- La responsabilidad civil objetiva está vinculada a los casos de riesgo o exposición al peligro, pero no con relación a la vida matrimonial.

- Los proyectos de vida existen, pero son irrelevantes jurídicamente, por lo que no es resarcible.

v. Finalmente, señaló que la indemnización prevista en la Ley debe ser concedida bajo las siguientes bases:

- El fundamento de la indemnización al cónyuge perjudicado debe ser la solidaridad familiar, no un hecho de responsabilidad civil.

- El juez de familia, debe atender exclusivamente a un elemento objetivo, las diferencias patrimoniales entre los cónyuges como resultado de la separación y divorcio, lo que constituye un perjuicio.

- Establecido el desbalance se indemniza al menos favorecido sobre la base de la equidad.

- El daño moral no necesita ser probado.

## **II. CAUSALES EN LAS QUE SE BASÓ EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO EN**

### **TORNO AL PROCESO QUE DIO ORIGEN AL PLENO CASATORIO**

El recurso de casación interpuesto por el cónyuge demandante se sustentó en los siguientes fundamentos:

1. Aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, en tanto la reconvencción referida a la indemnización se basó en la presunta infidelidad cometida por el cónyuge, lo cual no fue acreditado por la demandada, acotando que el matrimonio se llevó a cabo por presión de los padres de la demandada, precisando que cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos matrimoniales.

2. Que se había contravenido a lo normado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, en tanto las sentencias expedidas por el juez de primera instancia y la superior son contradictorias, no existiendo una adecuada motivación conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política del Perú.

No obstante las deficiencias existentes en el recurso, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional de la casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, contenido en el artículo 345-A del Código Civil, por lo que invocando la facultad contenida en el artículo 391 y 392-A del Código Procesal Civil, se declaró procedente el recurso de casación, convocándose a un pleno casatorio considerándose que respecto al tema existían posturas que difieren y hasta se contraponen, observándose que no existe consenso respecto a la determinación del Cónyuge

perjudicado, las pautas de su probanza, la necesidad o no de una indemnización, entre otros aspectos vinculados al tema.

## **III. EN CUANTO A LA SENTENCIA EMITIDA COMO CONSECUENCIA DE LA REALIZACIÓN**

### **DEL TERCER PLENO CASATORIO**

Según consta en la sentencia, esta se expidió tres meses después de realizada la audiencia, considerándose Doctrina Jurisprudencial conforme lo prevé el artículo 400 del Código Procesal Civil.

A continuación analizaremos cada uno de los fundamentos o de las pautas consideradas por la Corte Suprema<sup>7</sup> al momento de realizar la interpretación vinculante con la finalidad de establecer un criterio uniformizador dirigido a los órganos jurisdiccionales competentes para resolver el tema referido a las indemnizaciones en los procesos de separación de hecho —sea divorcio o sea separación por causal—, es así que citaremos Vamos a seguir la numeración contenida en la sentencia suprema.

#### **IV. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA**

1. Es verdad que la Doctrina<sup>8</sup> 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.

2. Es cierto que una tutela efectiva requiere de un proceso con un “mínimo de garantías”<sup>9</sup> que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial, coincidiendo con lo expuesto por Jorge Vanossi<sup>10</sup> 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.

3. 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.

4. 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.

5. El artículo 4 de la Constitución Política del Perú, impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose a la protección a la familia y al 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, acogándose a principios como el de socialización, igualdad, e interés superior del niño<sup>11</sup>.

8 No solo la doctrina sino también las normas vigentes —sean nacionales o internacionales reconocidas por nuestro país— consideran a la Tutela Judicial como una de las garantías de la Administración de Justicia.

9 Coincide con el debido proceso.

11 El principio del interés superior del niño, niña o adolescente, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Miguel Cillero (1998) plantea que la noción de interés superior es una garantía de que “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”. Así este autor considera que esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro. Para el citado autor el concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas funciones y que, a nuestro parecer se refieren a:

- Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.

- Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.

- Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.

- Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto

6. Es cierto que la denominación de Estado Social y Democrático, solo pretende la participación del pueblo en la Administración del Estado, resaltando algunas funciones vinculados a la población y su bienestar. Cabe acotar que este es el modelo que nuestra Constitución adopta.

7. Cabe resaltar que el Código Procesal Civil vigente reconoce expresamente el principio de iniciativa de parte o impulso de parte, el cual implica que solo los interesados pueden iniciar procesos y por ende actuar activamente en ellos — salvo tratándose de procesos penales—; debemos acentuar que el mencionado principio es muy importante especialmente en materia familiar, pues no se ha visto que el Estado sea quien interponga una demanda de divorcio con la finalidad de

disolverlo, o que pretenda pedir una separación por causal afectando el vínculo

matrimonial y sobrepasando la voluntad de los cónyuges. Por otra parte, cabe destacar 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.

## V. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA

8. El Código Procesal Civil y los códigos de la especialidad, reconocen el principio de socialización el cual establece que el juez o jueza deben evitar desigualdades de cualquier índole que afecten el desarrollo o resultado del proceso. Es así, que el juez de familia debe despojarse de todos los prejuicios o subjetividades de género que puedan entorpecer un análisis del caso adecuado, muchas veces los abogados en los informes orales, le piden a las juezas que por el hecho de ser mujeres deben favorecer a las mujeres, lo cual no es correcto, pues un juez o una jueza no considera ello, ya que resuelve lo más justo. En alguna oportunidad, se han observado escritos de apelación, en los cuales se basa el agravio en un presunto favorecimiento por razones de género, posteriormente se analiza el expediente judicial, observándose que la jueza de primera instancia le dio la razón a la cónyuge no por razón de género, sino porque fue, quien acreditó los hechos que causaron la disolución del vínculo matrimonial e inclusive el otorgamiento de una indemnización o de una pensión de alimentos.

“la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo”. Así, el interés superior del niño, niña o adolescente indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que estos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo. La noción del interés superior del niño o niña significa, por otro lado, que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quiénes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida de la humanidad. Desde esta perspectiva, dicha prioridad no es producto de la bondad de la sociedad adulta o de los sistemas de gobierno, sino que constituye un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la raza humana.

9. Los principios procesales, son parte de los principios generales del derecho, debiéndose señalar que estos son los que fundamentan el sistema procesal existente. Un proceso no solo le interesa a las partes que participan en él sino que también son de interés de la sociedad, en tanto, la familia es un elemento de esta.

Antes se decía que la sociedad estaba compuesta por un grupo de personas pero ahora se dice que está conformada por un grupo de familias, situación que cambia la percepción sobre la real importancia de esta para el Estado.

10. El principio de socialización está vinculado al principio de igualdad material, es decir, en un proceso se debe tratar a todos por igual; cabe acotar que en los procesos de familia, el juez debe equiparar a las partes, por ejemplo en un proceso de violencia familiar, la agraviada o agraviado nunca estará en las mismas condiciones que el agresor o agresora. En una oportunidad, un conocido abogado, excongresista, se presentó en mi despacho, en primer lugar intentó que se le atendiera primero porque señalaba era él un ex congresista de la República, nueve veces elegido. Esta persona pretendía que los justiciables que estaban esperando su turno, fueran relegados por él, en tanto, socialmente se sentía más que ellos, obviamente tuvo que esperar su turno, porque ante la justicia ninguna persona es más que otra. Posteriormente, ingresó al despacho, totalmente enfurecido porque se le había

hecho esperar un turno de atención, y solicitaba que a su cliente se le diera un trato preferencial por el hecho de ser la ex cónyuge de otro ex congresista, petición que fue denegada, porque ante el Poder Judicial y con base en la Constitución todas las personas somos iguales ante la ley, por lo que el trato debía ser el mismo para todos quienes acuden a nosotros; obviamente se fue “vociferando” que iba a quejarse ante el Ocmá, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional de la Magistratura, a lo que le contestamos que no teníamos temor a nada porque nuestro actuar era conforme a los principios fundamentales y los valores éticos y morales que debíamos todos respetar; como usted se imaginará señor lector, como el abogado mencionado, hay muchos que pretenden hacer valer una posición social o política para verse favorecidos, y solo dependerá del juez hacer valer los derechos de las partes por igual.

## **VI. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

11. El derecho procesal de familia<sup>12</sup>, 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 conducta conciliadora y sensible que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, con la finalidad de coadyuvar en la solución del conflicto. Les comento que conforme el colegiado de la Segunda Sala de Familia, luego de analizar el caso y siempre que veíamos visos de solución cuando realizábamos audiencias complementarias que coadyuvaron muchas veces a que los justiciables pudieran conversar y

12 Al respecto, merece un especial reconocimiento la Facultad de Derecho de la Unife - Lima, quienes se han preocupado por incluir en su currícula un curso de Derecho Procesal Familiar, en el cual se estudian los trámites de los procesos familiares con la finalidad que las futuras abogadas que egresen de dicha universidad conozcan las características y elementos procesales que deben aplicar al ejercer la profesión, inculcándoles la importancia de la especialidad en la materia para que así puedan coadyuvar de manera eficaz en la solución de un conflicto familiar, evitando que entorpezcan el proceso judicial y por ende afecten gravemente los intereses de los involucrados.

“Por una Justicia Predecible en Materia Familiar” conciliar sobre los asuntos de conflicto —por ejemplo tenencias y régimen de visitas—, observando que en estos lo que les había faltado para solucionar sus problemas era un espacio para comunicarse, siendo menester precisar que con gran pena tenemos que reconocer que el principal tabú para ello solían ser los abogados patrocinantes, quienes sin mala voluntad, pero por desconocimiento de su importancia, no tenían una actitud conciliadora, por lo que el Colegiado los exhortaba a deponer dicha actitud y ayudar con la solución del problema; con el tiempo los abogados conocían de nuestro método de trabajo y eran ellos mismos quienes en el informe oral nos solicitaban, de ser posible, la realización de una audiencia especial para solucionar conciliatoriamente la controversia, lo que nos hizo ver los resultados de nuestra labor jurisdiccional.

12. La naturaleza del derecho de familia, le permite al juez o a la jueza competente, evitar los formalismos innecesarios, siempre que le brinde las garantías del debido proceso en igualdad de condiciones a las partes procesales, ante ello es importante

destacar que las partes buscan una respuesta eficaz y justa por parte de la magistratura.

## **VII. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y**

### **EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

13. El principio de congruencia, obliga al juez a pronunciarse de acuerdo a las alegaciones de las partes, por lo que tiene gran importancia al encontrarse ligado al derecho de defensa y al debido proceso.

En cuanto al principio de preclusión procesal, cabe acotar que este impone un orden en el debate y posibilita el desarrollo del trámite procesal, permitiendo alcanzar sus fines.

El principio de eventualidad impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente.

14. Estos principios procesales son importantes, pero dada la flexibilidad que impone un caso justiciable en materia familiar, el juez debe aplicarlos sin rigurosidad en los procesos familiares, por lo que la interpretación de los mismos, debe ser orientado a favorecer los intereses de la familia involucrada en el proceso.

15. Consideramos que el poco estudio de la especialidad referida al derecho procesal familiar, 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. Por ejemplo: en un proceso de filiación se pueden resolver temas de alimentos, asimismo en un proceso de alimentos puede el juez ordenar la inscripción de un reconocimiento de paternidad, por otra parte en un proceso de violencia familiar se pueden resolver también pretensiones alimentarias; siendo la única limitación que existan otros procesos en trámite no acumulados o sentencias firmes al respecto.

16. La Corte Suprema, señala que si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, las partes interesadas, en cualquier estado del proceso, expresa hechos “claros” y “concretos” referidos al perjuicio que resulta de la separación o del divorcio, el juez deberá considerar dicha manifestación de voluntad como un pedido o petitorio implícito, por lo que debe ser materia de pronunciamiento en la sentencia, siempre que haya respetado el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural, siendo dicho pedido implícito una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

Al respecto, debemos acotar 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.

Cabe señalar que si el pedido fuera realizado en los alegatos, el juez tendría que darle trámite, correr traslado a la otra parte, quien podría ofrecer medios probatorios, que quizás requieran de actuación lo que implicaría un retroceso de las etapas procesales afectando el principio de preclusión, siendo la única solución a nuestro parecer, que luego del traslado y siempre que sea necesaria la actuación de un medio probatorio, se lleve a cabo una audiencia complementaria, a fin de no afectar los actos procesales ya efectuados.

17. En consecuencia la flexibilización de los principios procesales mencionados, permiten en materia familiar, darle flexibilidad a los procesos y, por ende, efectividad a los derechos discutidos.

### **VIII. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA FAMILIAR**

18. La Corte Suprema considera que en los procesos de familia, el juzgador tiene facultades extraordinarias que le permiten flexibilizar las formalidades con la finalidad de concretizar los resultados del proceso y por ende dar solución efectiva al caso, lo cual es cierto.

Señala que una de las potestades jurisdiccionales es integrar el petitorio, con pretensiones accesorias sobre las cuales es importante emitir pronunciamiento; cabe acotar que en el Código Procesal Civil, se establece que hay pretensiones accesorias legales<sup>13</sup> que deben acumularse con la pretensión principal —divorcio o separación— salvo que exista un proceso en trámite o una sentencia firme respecto a alguna de ellas. Por lo que el juez podrá integrar las pretensiones hasta la fijación de los puntos controvertidos, en caso las partes no lo hubieran realizado en la etapa postulatoria; al respecto, somos de la opinión que el magistrado competente deberá previamente a la integración indagar si las partes se encuentran litigando, han conciliado o han litigado sobre las pretensiones accesorias que considera se deben integrar, ya que el silencio de ellas podría deberse a su falta de interés sobre el pronunciamiento judicial, lo que podría acarrear incluso decisiones contradictorias.

En este fundamento los magistrados supremos han expresado que así como se puede integrar pretensiones accesorias, también se puede integrar la pretensión indemnizatoria, olvidando que esta última es una pretensión principal que por su naturaleza requiere probanza autónoma.

Desde nuestro punto de vista, es un error concurrente en muchos magistrados, pensar que la pretensión indemnizatoria es de carácter accesorio, cuando realmente entre el divorcio y la indemnización existe una acumulación de pretensiones principales.

Si fuera cierta la afirmación expresada por los magistrados supremos, siempre tendríamos que otorgar una indemnización luego de declarar fundada una demanda

de divorcio por causal, en tanto, “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, por lo que es importante precisar que lo expuesto no es cierto; es más, existen casos en los cuales no se generó daño alguno para ninguno de los cónyuges o por lo menos uno de ellos no se siente perjudicado con la separación o disolución. Por lo expuesto, consideramos que este fundamento no es coherente con la normativa procesal civil vigente.

19. La sentencia suprema, hace referencia a una suerte de flexibilización del principio de congruencia, idea que comparto, pues en el derecho procesal familiar, no podemos ser demasiado formalistas ni tampoco inflexibles, pues la idea es coadyuvar a que una familia o a un matrimonio en conflicto solucionen sus problemas. En este acápite, se señala que nuestro ordenamiento procesal admite la acumulación tardía<sup>14</sup> y la acumulación tácita<sup>15</sup>, lo cual es cierto, pero comete el mismo error de considerar que la pretensión indemnizatoria es accesoría.

## **IX. EL DIVORCIO EN EL PERÚ**

20. Como todos conocemos, actualmente nuestro ordenamiento jurídico reconoce un sistema de divorcio mixto, en tanto, subsisten las causales que se encuentran dentro del sistema de divorcio sanción y las causales que se identifican con el sistema del divorcio remedio, situación que lo torna en un tema complejo<sup>16</sup>.

21. La doctrina contempla diversas clases de divorcio, por una parte el denominado divorcio relativo —al hacer referencia a la suspensión del vínculo matrimonial— y por otra parte, el denominado divorcio absoluto, que se refiere a la disolución del vínculo conyugal.

La Corte Suprema ha dejado constancia que para analizar el caso concreto solo se ha centrado en la clasificación que considera como parámetro para su determinación al elemento subjetivo —la existencia o no de la culpa— y al elemento objetivo, señalando que al respecto se pueden identificar dos clases de divorcio, por una parte el denominado divorcio sanción y por otro el divorcio remedio.

22. En la primera clasificación, uno o ambos cónyuges son responsables de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de uno o más deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el juez valora como moralmente negativa, lo que genera una sanción para el culpable que afecta, por ejemplo, los derechos hereditarios, alimentarios, ejercicio de la tenencia, entre otros.

Al respecto cabe acotar que en este fundamento, los magistrados supremos han consignado que se afecta el ejercicio de la patria potestad, lo cual solo sería correcto en aquellos casos en los que se acredite fehacientemente que uno de los progenitores perjudicó gravemente los intereses de sus hijos, pues en caso contrario de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, no habría motivo para afectar las facultades inherentes a la patria potestad, en tanto, en el divorcio se evalúa si fue o no un cónyuge que actuó conforme a sus deberes matrimoniales, lo cual no implica, necesariamente, que haya sido un mal progenitor, por lo que mal haríamos en suponer que todos los o las cónyuges no idóneos, son también malos padres o madres.

23. Tratándose del divorcio remedio, el juez solo se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas las conductas culpables

imputables a alguno de ellos. En esta, el divorcio no trae una sanción a las partes, ni 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 reconoce una situación fáctica de frustración conyugal, independientemente de quien lo demande.

El divorcio remedio puede ser restringido cuando la ley lo condiciona a una situación objetiva que lo configura, o puede ser extensivo, que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita por el legislador o cuando alude a una situación de ruptura matrimonial sujeta a un análisis por parte del juez.

24. La diferencia entre el divorcio sanción y el divorcio remedio, radica en que el segundo puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges, sin atender a la causal inculpatoria. La sentencia materia de análisis, nos precisa que en países como

España, se ha optado solo por el divorcio remedio.

25. Cabe acotar que se ha consignado que la distinción entre los sistemas enunciados se debe a la complejidad de relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como a sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes matrimoniales.

26. El Código Civil peruano, tras la modificación introducida por la vigencia de la Ley N° 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas, uno subjetivo o de culpa del cónyuge y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial.

27. Las causales previstas en los incisos del uno al once del artículo 333, se circunscriben a la clasificación del divorcio sanción en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio.

28. Asimismo, se reconoce que las causales contenidas en los incisos doce y trece se ubican dentro de la clasificación del divorcio remedio, desde que existe la separación de los cónyuges sin voluntad de reconciliación, evidenciándose el fracaso matrimonial.

#### X. DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

29. En cuanto a la causal de separación de hecho, en la sentencia se hace un recordar histórico de los principales acontecimientos vinculados a la inclusión de la causal en el Código Civil.

Recordándose que se incorporó a la normativa nacional, un siete de julio del año 2001 con la promulgación de la Ley N° 27495.

30. La ley introdujo la causal de separación de hecho para petitionar la separación de cuerpos y 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 o no se hubieran procreado hijos, y de cuatro años si los hubiera, permitiendo fundar la demanda en hechos propios, exceptuando los casos en los que la separación se debió a causas laborales. Si hubieran hijos —salvo que hubiera una conciliación extrajudicial o un proceso en trámite o concluido— deberá pronunciarse no solo sobre la tenencia —

como lo dice la sentencia que está siendo analizada— sino también sobre el establecimiento de un régimen de visitas.

31. Al respecto debemos acotar que en este fundamento, los magistrados supremos nuevamente se equivocan, y realizando una interpretación literal<sup>17</sup> de la norma, en lugar de realizar una interpretación sistemática<sup>18</sup>, señalan que el juez deberá favorecer la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en Msu ejercicio, situación que no solo inducirá en error a los jueces, sino sobre todo a los abogados litigantes, atentando contra la noción de coparentabilidad que el día de hoy se trabaja mucho en la especialidad.

A raíz de la causal enunciada, también se incorporó a la normativa vigente, el artículo 345-A con la finalidad de regular el requisito especial de procedencia, como es, exigir al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas de mutuo acuerdo.

17 La interpretación es literal, cuando se limita a utilizar las reglas del lenguaje común para asignar un significado a las normas.

18 El intérprete recurre a ubicar la norma interpretada en el conjunto de normas de las que emana, en un ejercicio sistémico.

Asimismo, se determinó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación, así como la de sus hijos, pudiendo optarse por una adjudicación preferente de los bienes de la sociedad, independientemente a la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

32. En cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, el legislador estableció que la causal podía ser invocada inclusive por quienes mantenían separaciones de hecho al momento de la entrada de vigencia de la norma.

33. En este acápite, se establece una definición de la causal, precisándose que en la doctrina tienen dos conceptos, por una parte es: “la situación fáctica que sin previa decisión judicial existe”, y por otra es: “el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges quebrando el deber de cohabitación, sin que una necesidad jurídica lo imponga”, acotándose que la Corte Suprema en reiteradas sentencias la ha definido como: “la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”.

34. En cuanto a la naturaleza jurídica de la causal coincidimos en precisar que es una causal objetiva<sup>19</sup>, en tanto, 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, siendo la única excepción el alejamiento de los cónyuges por motivos laborales.

35. Los elementos constitutivos de la causal son: el material psicológico y temporal.

36. El elemento material, que se configura por la separación corporal de los cónyuges, lo cual implica el cese de la cohabitación física, de la vida en común, lo que no obliga que vivan en lugares separados; este último criterio fue aplicado en las

Salas Superiores de Familia desde el año 2006.

37. El elemento psicológico se presenta cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges, para reanudar la comunidad de vida matrimonial, por lo que se dice existe el ánimo de separarse<sup>20</sup>, cabe precisar que este elemento no se constituye en aquellos casos en los que los cónyuges se separan por motivos laborales o por una situación impuesta que sea imposible eludir, como por ejemplo si existiera un mandato de detención judicial, o si uno de los cónyuges viaja por razones de capacitación académica.

38. Tratándose del elemento temporal, este se constituye cuando existe una separación por un periodo de dos años si los hijos matrimoniales son mayores de edad o si no se procrearon hijos, y de cuatro años si los hijos son menores de edad. La norma no señala que puedan sumarse los plazos independientes como si sucede en torno a la causal de abandono injustificado de la casa conyugal; cabe precisar que en la invocación de la causal no opera el plazo de caducidad, encontrándose expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

19 Existen las denominadas causales objetivas que dan fundamento al divorcio ya la separación. Se denominan así porque no se fundamentan en la pretensión de uno de los cónyuges en imputarle algún tipo de culpa al otro. Se trata en cambio, de probar o denunciar un hecho objetivo.

39. La causal de separación de hecho se diferencia de las causales de divorcio sanción, en tanto la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge<sup>21</sup>, sino solo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin tener que analizar las causas que lo motivaron, lo que no sucede en las causales de divorcio sanción, las cuales son inculpatorias y por tanto debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica alegada en cada caso concreto.

40. En cuanto a la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, cabe acotar que esta se configura con el alejamiento físico de uno de los cónyuges, si bien en este fundamento se ha consignado el término “hogar”<sup>22</sup> lo correcto es consignar el término “casa”<sup>23</sup>, siendo menester acotar que implican conceptos diferentes, a pesar que muchos lo toman como sinónimos. Para que se configure la causal no basta el alejamiento físico, en tanto, requiere de un elemento subjetivo como es la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales, entre ellos que no se haya cumplido con el deber o la obligación alimentaria<sup>24</sup>, lo que no sucede en torno a la alegación de la causal de separación de hecho, en la cual se exige que al interponer la demanda se encuentre al día en el pago de las obligaciones alimentarias. Al respecto debemos acotar, que la jurisprudencia emitida por las

Salas de Familia, flexibilizó dicha condición, permitiendo que los cónyuges que alegaran un hecho propio, pudieran ponerse al día en el pago de las pensiones de alimentos, ordenando que continúe dicho cumplimiento durante la tramitación del proceso.

41. En cuanto a la causal de imposibilidad de hacer vida en común, cabe destacar que como se dice en la sentencia, es una causal residual, en tanto, ella se puede constituir por conductas que no están previstas en ninguna otra causal, por ejemplo la diferencia de religiones.

42. Los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia, la cual es constitutiva.

43. El efecto común entre todas las causales es la suspensión y/o la disolución del vínculo matrimonial, y con ello la conclusión de los deberes morales que surgen del matrimonio, como son: la cohabitación, fidelidad y asistencia mutua<sup>25</sup>.

21 Como son las causales de adulterio, violencia física y psicológica, injuria grave, atentado contra la vida del cónyuge, conducta deshonrosa, abandono injustificado de la casa conyugal, entre otros.

22 El hogar es el ánimo de los cónyuges de compartir una vida en común, por ello podemos citar la famosa frase “hogar dulce hogar” en tanto, es aquel espacio donde una persona se siente feliz de residir.

23 La casa es el espacio físico, como se suele decir “las cuatro paredes” en donde se realiza la vida en común.

24 Es deber cuando no existe un mandato expreso que te ordene cumplir con la dación de los alimentos, y una obligación en aquellos casos en los cuales se cumple con prestar una pensión por mandato del juez, o por la conciliación —judicial o extrajudicial— al respecto, en tanto, existió un requerimiento por parte del alimentista o su representante.

25 Deber de fidelidad: En Doctrina se diferencia la fidelidad moral de la material, la primera es violada cuando sin llegar a mantener relaciones sexuales, el cónyuge se muestra en situaciones comprometedoras con su “amiga o amigo”, en este caso, no habilitaría a solicitar al otro cónyuge el divorcio por la causal de adulterio. Caracteres de la fidelidad:

Recíproca e incompensable: La infidelidad de uno no habilita al otro a ser infiel;  
Permanente: En principio subsiste hasta la disolución del vínculo. La fidelidad tiene dos aspectos uno positivo y otro negativo, el primero implica el derecho a mantener relaciones sexuales con su cónyuge, y el negativo obliga a ambos a abstenerse de hacerlo con otra persona que no sea su marido o cónyuge.

Deber de asistencia: Tiene dos aspectos, uno material y otro moral o espiritual, el primero (material), comprende alimentos, ropa, etc., y el segundo (moral o espiritual), se refiere al apoyo psicológico, que se traduce en estímulos al

Otro cónyuge para el logro de proyectos y la participación en todas las situaciones felices y desdichadas de la vida familiar.

44. Otro efecto, es lo relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, el cual 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 más perjudicado, y b) la pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos, por lo que no es aplicable el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil.

45. Un tercer efecto es el fenecimiento del régimen patrimonial de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales, sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales provenientes de los bienes propios del otro, proporcionalmente a la duración del tiempo de separación, siendo menester acotar, que en la sentencia se precisa que conforme al artículo 343 del

Código Civil, el cónyuge separado por su culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.

46. Finalmente, en tomo a los hijos menores de edad, se señala en la sentencia que existen dos efectos: a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación, a no ser que el juez determine por el bienestar de ellos, que se encargue el otro progenitor, si ambos progenitores están desautorizados podrá encargárselos a una tercera persona. Cabe acotar que en la sentencia se ha hecho referencia a la aplicación del artículo 340 del Código Civil, el cual a la fecha no se aplica, pues no se condice con lo normado en el Código de los Niños y Adolescentes, ni con lo prescrito en la Convención de los Derechos del Niño; b) Conforme al artículo 341 del Código Civil, el juez de familia, podrá dictar las medidas que sean necesarias sobre base de nuevos hechos, que considere beneficiosos para los hijos.

## XI. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO

47. En nuestro ordenamiento existen dos tipos de indemnización, uno aplicable al divorcio sanción y otro aplicable al divorcio remedio.

48. Según lo expuesto en la Doctrina, en el régimen de la responsabilidad familiar una especie de compensación económica, denominada también “pensión compensatoria”.

49. El divorcio por la causal de separación de hecho, se sustenta en una causa no inculpatoria, por lo que la indemnización o adjudicación de bienes se debe establecer a favor del cónyuge más perjudicado con la separación, debiendo comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende el daño moral.

50. Para establecer la procedencia de la indemnización, se debe establecer quién fue el más perjudicado, es así que se analizará: a) Quien ha sido el que no ha dado motivos para la separación; b) quien ha sido el que como consecuencia de la separación sufrió un menoscabo y desventaja material respecto al otro y a la situación que mantenía cuando estaba vigente el matrimonio, y c) quien ha sufrido daño a su persona, incluso daño moral.

Deber de cohabitación: Implica vivir en una misma casa, aunque el juez puede relevar ese deber - derecho cuando pueda poner en peligro cierto la vida o la integridad física o psíquica de los cónyuges o hijos.

51. El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, se aparta de la casa conyugal sin motivación alguna, o cuando se rehúsa a retornar injustificadamente a la casa familiar.

52. En aquellos casos en los que uno de los cónyuges se alejó de la casa conyugal justificadamente, por ejemplo: por la existencia de actos de violencia o degradación por parte del otro cónyuge; se identificará al primero como el cónyuge perjudicado.

En un caso que conocimos, el cual era un proceso de divorcio por separación de hecho, la demandada pudo probar que ella salió de la casa en compañía de sus hijos, como consecuencia de los actos de violencia extrema que padecía, por lo que fue a ella a quien se le indemnizó, en tanto, al salir de la casa, tuvo que recurrir a la asistencia solidaria de familiares y amigos para mantenerse y mantener a sus hijos.

Respecto a dicha sentencia, cabe acotar que se interpuso recurso de casación, el cual fue declarado improcedente por la Corte Suprema.

53. Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización, existen diversos enfoques: a) que tiene carácter alimentario, b) que tiene carácter reparador o compensatorio; c) que tiene carácter indemnizatorio; d) que tiene carácter de obligación legal y d) que está vinculado a la responsabilidad extracontractual.

54. La Corte Suprema, luego de estudiar los enfoques señala que nuestro ordenamiento la considera como una obligación legal<sup>26</sup>, acotando que puede cumplirse a través del pago de una suma de dinero o por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal.

55. Se establece que para nuestro sistema la indemnización no tiene carácter alimentario porque no tiene por finalidad satisfacer necesidades propias de la subsistencia.

56. En este acápite se citan las ideas plasmadas en la primera parte de este artículo como consecuencia de la intervención de un abogado especialista en Derecho de Familia.

57. En este otro, se citan las principales ideas del abogado especialista en materia de responsabilidad civil, que también han sido evocadas en la parte inicial del presente artículo.

58. Si bien la redacción del artículo 345-A del Código Civil puede tener serias deficiencias, también es cierto, que tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial que tiene por objeto velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado y b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge.

59. La sentencia precisa que para establecer la procedencia de una indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, por lo que no sería necesario según se expone, establecer un factor de atribución, como es el caso del dolo o la culpa, ni una conducta antijurídica. Siendo necesario

26 En tanto, la norma impone a uno de sus cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir el desequilibrio o disparidad económica producida por el divorcio, evitándose el empeoramiento del cónyuge más débil que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño personal con la separación de hecho y con el divorcio en sí.

60. En este acápite se realiza un breve análisis sobre el nexo causal, a fin de determinar la causa del daño.

61. Para que proceda la indemnización debe realizarse un análisis de procedibilidad respecto a los daños producidos como consecuencia del nexo causal, por lo que el juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución.

62. En la causal materia de estudio, la culpabilidad del cónyuge no es materia de estudio, en tanto, pertenece al sistema de divorcio remedio.

63. Para los fines de la indemnización, es importante distinguir entre los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho y de los perjuicios que se

produzcan desde la nueva situación jurídica creada a raíz de la emisión de la sentencia, por ejemplo: la pérdida del seguro de salud.

64. El juez al observar 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.

65. Es así que el menoscabo referido a la estabilidad económica debe ser constatado por el juez considerando los medios probatorios y lo actuado en el proceso, cuidando que no sea producto de la conducta del cónyuge, sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, con prescindencia de toda forma de culpabilidad.

66. Los artículos 345-A y 351 del Código Civil, autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. Cabe acotar que el daño personal alude al daño a la persona, siendo aplicable el artículo 1985 del Código Civil.

67. En este acápite se establece que en la doctrina se distingue el daño a la persona, el daño biológico y el daño a la salud. Precisándose que el daño biológico implica la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima.

68. Por otra parte, el daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, llegándose a incluir el daño a la vida, el perjuicio al afecto, el daño estético, el daño sexual y el daño psíquico.

69. En este fundamento, expresamente se reconoce que algunos autores como el jurista Fernández Sessarego, sostienen que el daño al proyecto de vida estaría comprendido dentro del daño a la persona.

70. Respecto al tema del proyecto de vida, y por extensión el proyecto de vida matrimonial, se considera en la separación de hecho, como un aspecto indemnizable siempre que exista un nexo causal entre los perjuicios sufridos y el divorcio en sí. Algunas veces hemos visto casos en los cuales la cónyuge pide indemnización porque sufre de osteoporosis, argumentando que ello fue causado por la salida del cónyuge de la casa conyugal, lo cual se ha denegado al no encontrarse la existencia de un nexo causal entre uno y otro.

71. Se establece que el daño a la persona y el daño moral guardan una relación género-especie, precisándose que el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizable muchas veces tenga que ser cuantificado económicamente.

72. En este fundamento se vuelve a recordar las facultades del juez, entre las que se encuentra la de otorgar una indemnización al cónyuge más perjudicado.

73. Se precisa que el monto indemnizatorio debe ser fijado por el juez con justicia, en atención a los medios de prueba recaudadas.

74. Se establece que en cuanto al daño moral, el cual se identifica dentro del daño a la persona, este se debe fijar con un criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a manera de reproche, pero tampoco un enriquecimiento que implique un cambio de vida para el perjudicado y su familia. Es menester considerar en el análisis, lo siguiente: edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse en el trabajo, dedicación al hogar y a los hijos menores, el cumplimiento de la obligación

alimentaria, el abandono, la duración del matrimonio, el tiempo de vida en común, y las condiciones económicas, sociales y culturales.

75. Se acota que en la etapa de ejecución de sentencia, el juez a pedido de parte podrá fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias de cada caso.

76. Respecto a la adjudicación, debernos acotar que desde aproximadamente seis años atrás, la judicatura al declarar fundada la pretensión de adjudicación de la casa conyugal<sup>27</sup> —que suele ser aquel lugar en el cual habita la familia— buscaba brindarle una protección efectiva a aquel cónyuge más perjudicado con la separación, y por ende, a los hijos matrimoniales que solían residir con este, es así que en lugar de proporcionarle una indemnización de índole monetaria —que en la mayor parte de veces era simbólica—, se les aseguraba un “techo”, permitiéndoles residir en el mismo lugar en el que hasta antes de la separación desarrollaban su vida familiar, otorgándoseles una nueva oportunidad de re- conformar el grupo familiar considerando los roles de cada uno de sus miembros; es menester acotar que dicha postura jurisprudencial también coadyuvaba a tener un monto mayor por concepto resarcitorio, en tanto, la cuantía del inmueble siempre es mayor, más aún si consideramos que el valor comercial de los bienes inmuebles suele acrecentarse con el paso de los años. En cuanto a la adjudicación del menaje ordinario, este suele quedarse con aquel cónyuge que se hace cargo de la familia —siendo menester precisar que en la mayor parte de casos es la mujer— a fin que puedan continuar desarrollándose conforme a los fines y objetivos del grupo familiar, pues suele encontrarse conformado por los bienes elementales que toda persona requiere para vivir, por lo que distribuirlos entre los cónyuges no sería lo idóneo.

77. En este acápite, se vuelve a cometer el error de indicar que las pretensiones de indemnización y la adjudicación, son accesorias al divorcio. Asimismo, se sostiene que la parte demandada podría solicitarlo vía reconvenición, pero una vez pasada la oportunidad de postularlo, puede solicitarse en cualquier estado del proceso, siempre que se garantice el derecho de defensa y de instancia plural de la otra parte. Al respecto, queremos dejar sentado que ello si bien es cierto implica una flexibilización del proceso, también lo es que trae como consecuencia que el trámite jurisdiccional pueda demorarse mucho más tiempo, en tanto, las garantías de la administración de justicia implica el cumplimiento de una serie de formalidades que son ineludibles. Se señala que también cabe la habilitación de oficio, lo cual a nuestro parecer atenta contra el derecho de las partes de alegar sus intereses cuando lo consideren pertinente.

## XII. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE OFICIO

78. En cuanto a la indemnización o adjudicación de oficio, se reconoce que ello requiere de una interpretación sistemática.

79. En este acápite se formulan una serie de interrogantes en torno a la fijación de la pretensión indemnizatoria de oficio.

80. Se establece que no es correcto que el juez de oficio y sin ninguna mención de la parte interesada fije un monto indemnizatorio, peor aún si existe una renuncia expresa de la pretensión por parte del cónyuge.

## XIII. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN A PEDIDO DE PARTE

81. Se reconoce que por el sistema procesal vigente, el proceso solo se inicia a iniciativa de parte, por lo que al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional.

82. La Corte Suprema establece que en caso se diluya en el texto de los documentos que se presenten una intención de solicitar indemnización, se deberá considerar válido el pedido o petitorio implícito, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes.

83. Se establece que el juez para resolver un caso justiciable en el que se debate la pretensión indemnizatoria, podrá tomar en consideración los sucedáneos de los medios probatorios.

84. En este acápite, observamos que se reconoce la flexibilización del principio de congruencia, en atención a los fines del proceso.

85. Por consiguiente, el magistrado deberá analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus actos postulatorios, contando así con los elementos que le son fundamentales para orientar el debate de la controversia, la producción de las pruebas y el contenido de la decisión justa.

86. Es importante que el juez concluya si realmente se ha petitionado la pretensión indemnizatoria.

87. Finalmente, cabe acotar que le es aplicable a estos casos los principios de pro pretensor y favor processum; si bien la pretensión puede petitionarse hasta antes de la fijación de los puntos controvertidos, también lo es, que si lo hace luego, el juez deberá correr traslado a la parte contraria con la finalidad que se respeten las garantías del debido proceso.

#### XIV. CARGA DE LA PRUEBA DEL CÓNYUGE QUE PIDE LA INDEMNIZACIÓN O LA

##### ADJUDICACIÓN

88. Se reconoce que en tomo a las pretensiones materia de pronunciamiento, en principio la carga de la prueba la tiene quien alega los hechos.

89. La carga de la prueba tiene dos reglas, por una parte la distribución de la carga de la prueba que le corresponde a las partes y en segundo lugar, una regla de juicio dirigida al juez en relación a los hechos materia de probanza.

90. En este acápite se reconoce expresamente la facultad de los jueces para disponer de oficio la actuación de los medios probatorios que considere pertinentes. Al respecto cabe acotar que esta facultad siempre ha sido ejercida por los órganos jurisdiccionales de familia de segunda instancia, en tanto, se comprende la importancia y trascendencia de solucionar los conflictos que son materia de su competencia, siendo menester acotar que siempre se respetaron las garantías del debido proceso.

91. En cuanto a la carga de la prueba vinculada al daño moral, debemos señalar que la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro en torno a los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

Cabe precisar que entre los fundamentos 92 hasta el 102, la Corte Suprema citó los principales hechos y actos procesales del proceso que dio origen al pleno casatorio, siendo menester precisar que se ha dejado constancia que el precedente vinculante que se está tratando en este caso, no afecta los casos resueltos que se encuentren en autoridad de cosa juzgada.

A continuación analizaremos las reglas establecidas como precedente vinculante.-

1. Se destaca que en los procesos de familia, el juez tiene facultades tuitivas, y en consecuencia se pueden flexibilizar algunos principios y normas procesales como la iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en tanto se buscan resolver controversias derivadas de las relaciones familiares.

Estamos de acuerdo con esta conclusión en tanto a diferencia de lo que ocurre en otras especialidades, los jueces de familia resolvemos controversias referidas a problemas humanos.

2. Se precisa que en los procesos de divorcio o separación por las causales de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado, en consecuencia, se señalará una indemnización por daños u ordenará una adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la fijación de una pensión de alimentos.

Efectivamente por la naturaleza de la causal, el juez debe velar por el bienestar del cónyuge más perjudicado por la separación.

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

3.1 A pedido de parte podrá formularse en la etapa postulatoria.

3.2 De oficio el juez podrá fijarlo siempre que exista una mención expresa al respecto, precisándose que si la solicitud se realiza después de la fijación de los puntos controvertidos, se deberá proporcionar los elementos de seguridad suficientes para salvaguardar el derecho de defensa, siendo importante destacar que si se solicita después de la audiencia de pruebas, los medios probatorios que la parte ofrezca deberán ser de actuación inmediata.

3.3 En el estadio correspondiente el juez debe fijar los puntos controvertidos.

3.4 El juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes.

3.5 En el trámite judicial, se debe garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Respecto a los puntos enunciados nos encontramos conforme con todo lo establecido.

4. Para la decisión de oficio o a instancia de parte referida al tema de la indemnización o adjudicación de bienes, deberán verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado como consecuencia de la separación o divorcio, debiéndose establecer algunas de las siguientes circunstancias:

- a) El grado de afectación emocional o psicológica.
- b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.
- c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores, ante el incumplimiento del cónyuge obligado.
- d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

5. El juez superior integrará la resolución impugnada cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre si existe o no un cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación aparezca en la parte considerativa de la sentencia apelada.

Es correcta la postura con la finalidad de evitar nulidades innecesarias en el proceso, siendo menester acotar que dichos actos procesales están reconocidos en el Código Procesal Civil.

6. La indemnización o la adjudicación tiene la naturaleza de obligación legal, es decir, buscar corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí, por lo que su fundamento no es de responsabilidad civil contractual ni extracontractual, sino de equidad y solidaridad familiar, al respecto también coincidimos con la conclusión enunciada.

Finalmente, debemos acotar que esperamos mucho tiempo por el desarrollo de este pleno casatorio, por lo que guardamos la esperanza que desde hoy los acuerdos nos permitan uniformizar los criterios en beneficio de los justiciables, las familias y los niños del Perú.

El pasado miércoles 15 de diciembre se celebró el tercer pleno casatorio que registra la historia judicial peruana. Fue, además, el primero que se llevó a cabo bajo la nueva regulación introducida por la Ley N° 29634, publicada el 28-05-2009, norma que estableció los siguientes cambios en el desarrollo del mismo: (i) Debe ser convocado por la Sala Suprema Civil; (ii) Sólo participan los jueces supremos civiles; y, (iii) Su objeto es constituir o variar un precedente judicial.

## I. EL PLENO

Se llevó a cabo después de más de dos años de celebrado el anterior (setiembre de 2008), demora que debe ameritar una explicación institucional, pues, a ese ritmo, muchos temas seguirán siendo resueltos de manera discrepante por las dos salas civiles en actividad. Según la convocatoria publicada el 3 de diciembre en El Peruano, el objeto del mismo era superar las contradicciones existentes en la solución de los casos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente, en lo referido

“a la naturaleza jurídica del tema indemnizatorio” previsto en el artículo 345-A del Código Civil (CC) y, además, “determinar si procede fijar la indemnización de oficio o sólo a petición de parte.”

La audiencia se llevó a cabo en la Sala de Juramentos de la Corte Suprema. La causa que fue objeto de la vista fue la 4664-2010, proveniente de Puno, y el tema

materia del recurso fue la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado. Es importante subrayar que la audiencia se llevó a cabo con una nueva metodología.

## II. NUEVA METODOLOGÍA

1. Intervinieron los señores jueces supremos titulares Almenara Bryson, quien la presidió, Ticona Postigo y De Valdivia Cano; y, los señores jueces supremos provisionales Caroajulca Bustamante, León Ramírez, Vinatea Medina, Álvarez López, Palomino García, Miranda Molina y Aranda Rodríguez, quienes son magistrados civiles integrantes de Salas Supremas Civiles, tal como lo exige la modificación introducida en la ley antes reseñada. Valga la ocasión para llamar la atención sobre este aspecto de la organización judicial, pues, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), al nombrar a los jueces supremos titulares, no precisa la especialidad que les corresponde, lo que nos parece una omisión incompatible con la garantía de juez natural que proclama la Constitución. Esta falta de reconocimiento causa, entre otras situaciones, que al inicio de cada año judicial los jueces supremos aparezcan integrando colegiados jurisdiccionales cuya competencia puede ser ajena a la especialidad que cultivan. Esto explicaría que reconocidos jueces especializados en Civil no hayan participado en este pleno, como es el caso de los señores Vásquez Cortez y Távora Córdova, quienes actualmente integran la Sala Constitucional Permanente.

2. Informó el abogado de la parte demandante, quien, lamentablemente, no aportó

1 Crónica del Tercer Pleno Casatorio. Nelson Ramírez Jiménez. En: Suplemento Jurídica Diario El Peruano. Año 7. N° 337, 11 de enero de 2011; págs. 4, 5 y 6. nada importante al debate. Esta experiencia comprueba que los abogados, a veces, no asumimos con profesionalismo los encargos. Una audiencia de esa magnitud debió ser preparada con ahínco por la defensa. Defender una causa justa supone entrega. Para colmo de males, el doctor Almenara, presidente del pleno, debió intervenir para solicitarle que adecuara su intervención oral a los fines de la Casación.

3. Al margen de ello, dos hechos han marcado esta audiencia de manera muy especial, al extremo que justifica calificarla han llevado a cabo hasta la fecha. El primero de ellos fue que el pleno convocó a dos "Amicus Curiae", especialistas en la materia controvertida, para que expusieran sus tesis académicas y aportaran luces a la discusión. Excelente iniciativa que rindió extraordinarios frutos, pues, los doctores Alex Plácido y Leysser León sustentaron sus respectivos puntos de vista con brillo y enjundia académica, aportando elementos de juicio cuyo detalle más adelante puntualizo. Lo segundo es que el presidente invitó a los asistentes para que al final de la audiencia intervinieran aportando ideas, invitación que si bien no tuvo una respuesta amplia entre el público, dejó sentada una praxis que debiera ser conservada.

4. En este orden de ideas, Alex Plácido fue el primero en intervenir. Una ajustada síntesis de su tesis se basa en los siguientes aspectos:

(i) Que la discrepancia en la materia alcanzaba al propio Tribunal Constitucional

(TC), pues habían dos posiciones contrarias. En los procesos de amparo N°

4800-2009 y N° 5342-2009, mientras una Sala había sostenido que otorgar una indemnización que no ha sido demandada viola la congruencia procesal, la otra Sala

resolvió de manera distinta. Era necesario que la Corte Suprema defina esta discrepancia;

(ii) Que el Art. 4 de la Constitución y el Art. 345 del CC, regulaban la protección de la familia monoparental de origen matrimonial, pero que había que tener en cuenta que dicha protección debe ser extendida también a los hijos;

(iii) Que ese mandato constitucional se impone a todos los sujetos del proceso y en todas las etapas procesales, por lo que la indemnización debe ser necesariamente considerada como un punto controvertido; (iv) La aplicación del principio de protección de la familia determina la no vulneración del principio de congruencia procesal y la correcta aplicación de la función tutelar por el órgano jurisdiccional ni apreciar si únicamente existe un expreso pedido de las partes.

(v) Que la indemnización dependía del sistema de divorcio regulado por las leyes de la materia. Si estamos en un sistema de “divorcio sanción” la indemnización debe basarse en la culpa del cónyuge causante; si, por el contrario, el sistema es el de “divorcio remedio”, no se reconoce el pago de indemnización, pues, la culpa no es un elemento para sustentar la causal. Agregó que en el caso de los sistemas mixtos, cabe fijar indemnización si se funda en una causal subjetiva o, si basada en una causal objetiva (como la separación de hecho durante dos años), se aducen, además, consideraciones subjetivas;

(vi) Considera que el sistema peruano es mixto, pues basta apreciar los alcances de los Arts. 333 inc. 12 del CC, la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495, más los Arts. 292 y 351

(vii) La indemnización responde a la naturaleza mixta del sistema legal de divorcio. Esta configuración legal determina que no se trate de un supuesto de responsabilidad civil, en la medida que no se determina por factores de atribución subjetivos (dolo o culpa) u objetivos (peligro o riesgo).

(viii) La indemnización es una consecuencia legal de la estimación de la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, que responde a la caracterización impuesta por el Derecho de familia por la que se comprenden aspectos subjetivos y objetivos para su determinación.

(ix) Para fijar la indemnización debe identificarse al cónyuge más perjudicado, quien es el que no ha dado motivo para el divorcio y sufre el menoscabo, pero debe establecerse la relación de causalidad. El pero en uno u otro caso, debe ser cierto, producido con ocasión de la separación de hecho y subsistir al tiempo de la demanda. No debe comprender conductas relacionadas a la pérdida del vínculo afectivo.

(x) El daño puede ser patrimonial como personal. Este último está referido a las afectaciones causadas por los hechos que motivaron la separación conyugal y no por ella misma, pues ni ésta ni el divorcio en sí mismos pueden ser considerados como causantes de daños.

(xi) La configuración legal ha limitado el daño personal al daño moral. En la configuración legal no se identifica “daño personal” con “daño a la persona”.

(xii) La configuración legal determina que el daño al proyecto de vida matrimonial no tenga autonomía en sí mismo, por lo que no es compensable; en todo caso, se le

debe considerar comprendido en la noción amplia de daño moral en la equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal.

Para determinar su cuantía deberá valorarse la personalidad de la víctima y la intensidad de la afectación.

(xiv) Absolviendo las preguntas del juez supremo Ticona Postigo, agregó que el Art. 345-A hace referencia a una indemnización económica y el Art. 351 al daño moral, pero que no se debe hacer uso de la tesis de indemnización por la frustración del proyecto de vida como argumento para conceder una indemnización.

5. Por su parte, Leysser León presentó la siguiente tesis:

(I) Que el sistema peruano debiera iniciar una diferenciación clara y precisa entre “indemnización” y “resarcimiento”, pues son conceptos con diferentes alcances. En el primero no es necesario imputar responsabilidad civil ni hablar de culpable o de imputable, mientras que el segundo civil propiamente dicho, sea por un incumplimiento o por un ilícito aquiliano. Tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con criterio de equidad. En sede nacional se pueden identificar los siguientes casos de “indemnización” establecidos por ley: el valor justipreciado en las expropiaciones; la indemnización “tarifada” por despido en el campo laboral; indemnización a cargo del incapaz de discernimiento previsto en el Art. 1977 del CC.; ruptura de esponsales prevista en el Art. 240 del CC.; y, la del Art. 345- A a favor del cónyuge perjudicado en el caso de la separación de hecho.

(II) Hecho el distingo, sostuvo que el Art. 345-A del CC no regula un supuesto de responsabilidad civil porque: (a) Separarse no es fuente de responsabilidad civil en el Perú; (b) No existe un criterio de imputación señalado por la ley para este supuesto, un caso de responsabilidad civil objetiva; (c) No existen referencias a los daños materiales que resulten de la separación; y, (d) El juez tiene la alternativa de adjudicar un bien de la sociedad conyugal en lugar de la indemnización, lo cual no tiene sustento en materia de responsabilidad civil.

(III) Que el estudio de la jurisprudencia nacional demuestra que en esta materia existen graves errores, a saber: (a) Se sostiene que el Art. 345-A contempla un supuesto de responsabilidad civil; (b) Que dicho artículo es aplicable todas las veces en que se aprecie una violación de los deberes conyugales; (c) Que es un caso de responsabilidad objetiva y que por ello no se necesita comprobar la culpabilidad; y, (d) Autoriza a conceder resarcimientos, entre ellos, el del “proyecto de vida matrimonial”.

(IV) Esos graves errores deben ser subsanados a partir de las siguientes comprobaciones: (a) No hay responsabilidad civil en el Perú por separarse ni por divorciarse; (b) La verdadera responsabilidad civil radica en la violación de derechos constitucionales al interior del matrimonio (daños endofamiliares);

(c) La antijuridicidad no es presupuesto ni elemento de la responsabilidad civil en el Perú, a diferencia de Alemania e Italia, donde los códigos civiles la contemplan expresamente; (d) La denominada responsabilidad objetiva está referida a los casos de riesgo o de exposición al peligro regulada en el Art. 1970 CC, que no guardan ninguna relación con la vida matrimonial; y, (e) Los proyectos de vida existen, pero son irrelevantes jurídicamente. El proyecto de vida matrimonial no es resarcible, pues, por ejemplo, no puede ser cuantificado para efectos de la suscripción de un

contrato de seguro y, además, propicia interpretaciones discriminatorias en su cuantificación. En definitiva, el “daño al proyecto de vida” es sólo un argumento para inflar los resarcimientos.

(V) En su concepto, la indemnización prevista en la ley debe ser concedida bajo las siguientes bases: (a) El fundamento de la indemnización al cónyuge perjudicado debe ser la solidaridad familiar, no un hecho de responsabilidad civil; (b) El juez debe atender exclusivamente a un elemento objetivo, las diferencias patrimoniales entre los ex cónyuges como resultado de la separación y divorcio, lo que viene a constituir el perjuicio; (c) Establecido el desbalance, se “indemniza” al menos favorecido, sobre la base de la equidad; y, (d) El daño moral no necesita ser probado.

6. Con esta intervención se dio por cerrada la audiencia pública. Muy importante fue la coincidencia en descartar el argumento de la “frustración del proyecto de vida” como base de la indemnización. Quedó claro, además, que el tratamiento de la indemnización en la forma que venía siendo atendida por la jurisprudencia debía ser urgentemente revisada, pues, no se trata de un caso de responsabilidad civil.

La Corte Suprema tiene la palabra final y no dudamos en sostener que su decisión será un punto de quiebre en la materia.

7. Por lo demás, quedó demostrada la importancia de cultivar la especialidad como base del sistema judicial, lo que explica que los plenos sean vistos ahora con intervención solo de los jueces supremos de la especialidad civil. Un plen jurisdiccional con la metodología prevista en la ley derogada, con intervención de jueces supremos penales, por ejemplo, no habría permitido apreciar con amplitud el análisis hecho por los “Amicus curiae” intervinientes, ni mucho menos, impulsar la participación de los asistentes.

Finalmente, debemos felicitar a los jueces supremos por el desarrollo de tan importante acto procesal. Es de desear que la causa sea votada con prontitud y, a continuación, se fije fecha para los casos pendientes. Quienes asistimos a esta audiencia pública la recordaremos como uno de los actos jurisdiccionales más apasionantes que nos tocó atestiguar, especialmente, por la presencia solemne y atenta de los jueces supremos. Bien decía Sócrates: “Cuatro condiciones le corresponden a un juez: escuchar cortésmente, contestar sabiamente, considerar todo sobriamente y decidir imparcialmente”.

Flexibilización de Principios Procesales e Indemnización o Adjudicación Preferente en el Tercer Pleno Casatorio Civil

Tercer Pleno Casatorio Civil 73

Clara Celinda Mosquera Vásquez

## I. INTRODUCCIÓN

Este Tercer Pleno Casatorio es convocado, al igual que en los casos anteriores, debido a que era necesario, en este caso, para constituir un precedente vinculante en materia de familia, específicamente en lo referente a la indemnización en los casos de divorcio por causal de separación de hecho, toda vez que al respecto existían ejecutorias de distinto criterio e incluso contradictorio, pues mientras algunos órganos jurisdiccionales consideraban que en estos casos debía fijarse una

indemnización al cónyuge que consideraban perjudicado, otros no eran de ese criterio y no fijaban indemnización alguna.

Comenzaremos viendo lo referente a los plenos casatorios, luego lo concerniente al resultado del Pleno Casatorio, seguidamente analizaremos el artículo 345-A del Código Civil, a continuación las pautas dadas por el Pleno Casatorio a propósito de la indemnización o adjudicación preferente al cónyuge perjudicado y finalmente expondremos algunas conclusiones a las que hemos arribado.

## II. PLENOS CASATORIOS

Los plenos casatorios son convocados por la Corte Suprema, específicamente, en el caso que comentamos, fue convocado por la Sala Suprema Civil, de conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil que señala que dicha Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial; la decisión que se adopte por la mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio, constituirá precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales hasta que sea modificada por otro precedente.

La convocatoria a un Pleno Casatorio se efectúa a través del diario oficial “El Peruano”, fijándose la fecha para la vista de la causa donde las partes a través de sus abogados podrán hacer uso de la palabra; asimismo, se citan a los llamados *amicus curiae* (amigo del Tribunal) que son especialistas de la materia quienes disertan ante el Tribunal sobre el tema central a ser discutido en el Pleno Casatorio. En el caso bajo comentario, se escucharon las disertaciones de los especialistas Alex Plácido Vilcachagua y Leysser León Hilario.

Finalmente la sentencia casatoria, establezca o no un precedente, debe ser publicada en el diario oficial “El Peruano” dentro de los 60 días de expedida. En el caso que nos ocupa, además de haber sido publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de mayo último, además ha sido publicada en la página web del Poder Judicial.

Debemos recordar que se trata del tercer pleno casatorio civil, el primero estuvo referido a indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual (Expediente N.º 1465–2007–Cajamarca, seguido por Giovanna Angélica Quiroz Villaty y otros contra Empresa Minera Yanacocha S.R.L. y otros), y el segundo estuvo referido a prescripción adquisitiva de dominio (Expediente N.º 2229–2008–Lambayeque, seguido por Rafael Agustín Lluncor Castellanos y otra contra Guillermo Cepeda Villarreal y otros).

## III. TERCER PLENO CASATORIO

El caso que dio lugar a este pleno casatorio es un divorcio por la causal de separación de hecho planteado por el cónyuge varón, quien indica que contrajo matrimonio con la demandada en diciembre de 1989, habiendo procreado cuatro hijos, sostenía además estar separado de hecho de la demandada desde el año 1997, y que se encontraba al día en las pensiones alimenticias, siendo dos de sus hijos menores de edad, solicitaba accesoriamente se le conceda un régimen de visitas.

Al contestar la demanda, la emplazada no cuestiona estar separada de hecho del demandado desde la fecha que éste indica, sino que señala que ella era la que trabajaba y le enviaba dinero al demandado para sus estudios, alimentación y otros

gastos, hecho que acredita con cartas. Asimismo, señala que tuvo que demandar por alimentos al ahora demandante, que éste no se preocupó por sus hijos, siendo ella la única que se dedicó a la crianza de los hijos. Asimismo, la demandada formula reconvencción a fin de que se fije una indemnización por daño moral y personal ascendente a la suma de 250,000 nuevos soles, debido a que sufrió agresiones físicas y verbales por parte del demandado, además que el demandante se llevó diversos bienes de la sociedad conyugal, incluyendo dinero ahorrado, y finalmente indica que se encuentra con problemas de salud.

A nivel de primera instancia, se declaró fundada la demanda, disuelto el vínculo matrimonial, estableció un régimen de visitas, y en cuanto a la reconvencción, se declaró fundada en parte y se ordenó que el demandante indemnice a la demandada con la suma de 10,000 nuevos soles, pues el Juez considera que existe daño moral ya que ha quedado demostrado que el demandante recibió ayuda económica de la demandada para sus estudios, existió violencia familiar en agravio de la demandada, y que el demandante no cumplió su obligación alimentaria con sus hijos, por lo que tuvo que ser demandado.

Al ser apelada la sentencia por el demandante, la Sala Superior resolvió confirmando la sentencia de primera instancia en el extremo que se declaró fundada la demanda y la reconvencción por considerar que la demandada es la cónyuge perjudicada, pero la revocaron en el extremo de la pretensión del régimen de visitas y reformándola declararon sin objeto emitir pronunciamiento al respecto por existir sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional e integrando la sentencia declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

Es el demandante quien interpone recurso de casación por aplicación indebida del artículo 345 A del Código Civil y por contravención al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, considerando la Sala Suprema conceder el recurso de casación en el primer extremo.

Al convocar la Sala Suprema al Pleno Casatorio sostiene que a nivel de los juzgados y salas superiores en los procesos de divorcio por separación de hecho, no existe consenso respecto a la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, por lo que se hace necesario fijar pautas para resolver lo referente a la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado.

#### IV. ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL

Mediante el artículo 4 de la Ley N.º 27495 que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, se incorporó al Código Civil el artículo 345-A referente a la indemnización en caso de perjuicio.

Dicho artículo señala 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.

Es la segunda parte de este artículo que ha generado interpretaciones divergentes en nuestra judicatura hasta antes de la emisión del Pleno Casatorio bajo comentario, pues señala que el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulta

perjudicado por la separación de hecho, así como la de los hijos; deberá señalarse 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, siendo además aplicables a favor del cónyuge perjudicado las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del mismo Código, en cuanto sean pertinentes.

Como bien señala el pleno casatorio bajo comentario, a nivel judicial se han dado diversas interpretaciones a este artículo, así tenemos los siguientes fallos:

a) Casación N.º 208–2004–Piura: “El juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado debido a la separación de hecho. En tal sentido, establecerá un monto de indemnización por daños, incluyendo el daño personal o inclusive ordenando la adjudicación preferentemente de un bien social. Por otro lado, la pensión alimenticia es un concepto independiente respecto a la indemnización”.

b) Casación No. 2003–1284–00–1SC: “El a quo sostiene no haberse probado responsabilidad de alguno de los cónyuges en la separación, por lo que considera que no corresponde la aplicación del segundo párrafo del artículo 345–A del Código Civil, empero, en el fallo ordena que el demandado pague una indemnización de daños y perjuicios, lo que no guarda coherencia con lo señalado. Este colegiado, considera que la demandante al subsanar su demanda, ha solicitado la indemnización por daño personal, sin que haya fundamentado tal daño, no habiéndose acreditado cómo fue perjudicada por la separación de hecho, menos el nexo causal entre este y el daño irrogado; por lo que no corresponde fijar indemnización por tal concepto”.

c) Casación N.º 2178–2005–Lima: “Si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación, a efectos de fijar una indemnización a cargo de la parte menos afectada; sin embargo, en este caso se advierte que la demandada no acredita su condición de cónyuge perjudicada, además que su conducta procesal no hizo notar esa condición a efectos de verse beneficiada con alguna indemnización”.

d) Casación N.º 2449–2006–Cusco: “La norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido. Siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 345–A del Código acotado, en forma imperativa, exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efectos de cuantificarlo vía indemnización; por lo tanto, es cierto que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización, pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado”.

En las casaciones antes indicadas se evidencia que, a pesar de que han sido emitidas en procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, tienen orientaciones diferentes, así, en la primera al hablar de la obligación del juez de establecer una indemnización por daños, se habla del daño personal, o en todo caso que se debe disponer la adjudicación preferente de un bien social; la segunda se refiere no sólo al daño personal, sino que va más allá al referirse a la existencia de nexo causal entre la separación y el daño; la tercera señala que la demandada al no haber acreditado ser la perjudicada, y al no haber invocado esta condición, no puede

ser indemnizada; finalmente la cuarta señala que el Juez tiene la obligación de fijar una indemnización cuando se acredite el daño personal o moral.

Antes de interpretar el artículo 345-A del Código Civil, el Pleno Casatorio analiza la naturaleza de los procesos de familia, concluyendo que en estos procesos no sólo se busca resolver un conflicto de intereses o se elimina una incertidumbre jurídica y lograr la paz social en justicia, sino que además debe aplicarse el principio de socialización del proceso a fin de evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso en su tramitación o en la decisión final. Es por ello que se considera que en un proceso de familia deben superarse los formalismos y las cuestiones técnicas, convirtiéndose por ello en un proceso con componentes flexibles, a diferencia de lo que ocurre en un proceso civil. Es por ello que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad deben flexibilizarse en los procesos de familia, y específicamente en el caso que nos ocupa, en los procesos de indemnización.

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.

V. La indemnización en el divorcio por separación de hecho El pleno concluye que esta indemnización tiene el carácter de una obligación legal que puede ser cumplida de dos modos: con el pago de una suma de dinero o con la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, se trata de dos soluciones de carácter alternativo, excluyente y definitivo.

Precisa el pleno que esta indemnización no tiene por finalidad el resarcir daños sino el de equilibrar las desigualdades económicas que resulten de la ruptura matrimonial, por ello no tiene un carácter alimentario pues la indemnización se da por una sola vez, a diferencia de los alimentos que son de carácter periódico.

Estas desigualdades deben ser constatadas por el Juez durante el proceso en base a los medios probatorios presentados por las partes, pero teniendo en cuenta que la separación de hecho no haya sido ocasionada por culpa exclusiva del cónyuge que resultó más perjudicado, por ello es necesario que exista una relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho. La indemnización además debe ser fijada con criterio equitativo, teniéndose en cuenta circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad de reinsertarse al campo laboral, dedicación al hogar y a los hijos menores de edad, teniendo en cuenta las condiciones económicas, sociales y culturales de las partes.

En cuanto a la adjudicación de los bienes al cónyuge perjudicado se ha precisado que se hará preferentemente sobre la casa en la que habita la familia, o en todo caso el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, pudiendo el Juez disponer la adjudicación del menaje diario del hogar.

Ahora bien, el pedido de indemnización o adjudicación la podrá efectuar inclusive la parte demandante, quien lo manifestará al momento de la presentación de la demanda, mientras que la parte demandada si se considera la más perjudicada podrá reconvenir solicitando la indemnización o adjudicación; es más, luego de la

postulación de la demanda y en cualquier estado del proceso cualquiera de las partes podrá solicitar la indemnización siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

Por otro lado, la indemnización o adjudicación podrá ser dispuesta de oficio por el Juez a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de algún modo y durante el proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado y haya presentado pruebas al respecto. En este extremo nos debemos remitir al artículo 196 del Código Procesal Civil que establece que salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, por ello, si no se puede identificar al cónyuge perjudicado, no existe medio probatorio al respecto, ni indicio ni presunción al respecto, el Juez no está obligado a fijar una indemnización.

Si alguna de las partes invoca ser el cónyuge perjudicado después de la etapa de fijación de puntos controvertidos, se correrá traslado a la otra parte a fin de que pueda tomar conocimiento y presentar sus medios probatorios de ser el caso; y si se invoca luego de la audiencia de pruebas, los medios probatorios presentados sólo podrán ser los de actuación inmediata.

“Flexibilización de Principios Procesales e Indemnización o Adjudicación Preferente en el Tercer Pleno Casatorio Civil”

En el caso bajo comentario, la Sala Suprema luego de analizar los argumentos de primera instancia en lo referente a la indemnización, como son, la asistencia económica por parte de la demandada al demandante para que estudie, los actos de violencia contra la demandada por parte del demandante, incumplimiento de la obligación alimentaria del demandante que llevó a la demandada a interponerle una demanda de alimentos; y los de la segunda instancia, como son, que la demandada ha visto frustrado su proyecto de vida matrimonial, asumió la tenencia y educación de los hijos, además de los gastos para que el demandante pudiera seguir estudios superiores, y no dio motivo a la separación de hecho, concluye que la supuesta relación extramatrimonial sostenida por el demandante con una tercera persona, no ha servido de fundamento para el establecer una indemnización a favor de la demandada.

## VI. CONCLUSIONES

1.- Consideramos 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.

2.- En los procesos referidos al derecho de familia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal deben flexibilizarse.

3.- Si bien el Juez tiene la obligación de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado, debe fundamentar sus decisiones en las pruebas que se ofrezcan y actúen en el proceso.

4.- 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.

**Ley que Incorpora la Separación de Hecho como Causal de Separación de  
Cuerpos y Subsecuente Divorcio  
LEY N° 27495**

**(Modificaciones incorporadas al texto del Código Civil adjunto)**

CARLOS FERRERO

Presidente a.i. del Congreso de la República

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE  
SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO**

**Artículo 1.-Modifica el Artículo 319 del Código Civil**

Modifícase el Artículo 319 del Código Civil en los términos siguientes:

“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 fenecce desde el momento en que se produce la separación de hecho.

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

**Artículo 2.-Modifica el Artículo 333 del Código Civil**

Modifícase el Artículo 333 del Código Civil en los términos siguientes:

“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.
- 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.”

### **Artículo 3.-Modifica el Artículo 345 del Código Civil**

Modifícase el Artículo 345 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 345.-Patria Potestad por 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.”

### **Artículo 4.-Incorpora el Artículo 345-A en el Código Civil**

Incorpórase el Artículo 345-A en el Código Civil en los términos siguientes:

“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.”

### **Artículo 5.-Modifica el Artículo 349 del Código Civil**

Modifícase el Artículo 349 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 349.-Causales de divorcio

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

### **Artículo 6.-Modifica el Artículo 354 del Código Civil**

Modifícase el Artículo 354 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 354.-Plazo de conversión

Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.”

#### **Artículo 7.-Modifica los Artículos 480 y 573 del Código Procesal Civil**

Modifícanse los Artículos 480 y 573 del Código Procesal Civil en los términos siguientes:

“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.

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.”

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS**

Primera.-La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Segunda.-En los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos del 1 al 13 del Artículo 333 del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 y 12 del referido artículo, en un plazo no mayor de treinta días, contado a partir de la vigencia de la presente Ley, no siendo aplicable, por excepción, lo dispuesto en el Artículo 428 del Código Procesal Civil. El Juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente.

Tercera.-Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los once días del mes de junio de dos mil uno.

CARLOS FERRERO

Presidentea.i. del Congreso de la República

HENRY PEASE GARCÍA

Segundo Vicepresidente del Congreso  
de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA  
POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los Artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, ordeno que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento.

En Lima, a los cuatro días del mes de julio de dos mil uno.

CARLOS FERRERO

Presidente a.i. del Congreso de la República

HENRY PEASE GARCÍA

Segundo Vicepresidente del Congreso  
de la República

Lima, 6 de julio de 2001.

Cúmplase, comuníquese, regístrese, publíquese y archívese.

JAVIER PÉREZ DE CUÉLLAR

Presidente del Consejo de Ministros