

LA INDEMNIZACIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, CONFORME AL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA (25 ENE 2012) NO TIENE CARÁCTER DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL SINO DE "EQUIDAD Y SOLIDARIDAD FAMILIAR"¹



El Art. 345-A del Código Civil establece la posibilidad indemnizatoria a favor de quien resulte perjudicado por la separación de hecho (Art. 333 inciso 12), cuya causal está configurada dentro de la doctrina del llamado **divorcio-remedio**, que al conferir derecho a indemnización implica la probanza de un perjuicio, lo cual conlleva a un análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil.

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN. LA FAMILIA. EL MATRIMONIO. DEBERES DEL MATRIMONIO. DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN DE HECHO. DIVORCIO-SANCIÓN. DIVORCIO-REMEDIO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. ASPECTOS LEGALES. POSIBILIDAD INDEMNIZATORIA. SOBRE EL PERJUICIO. NECESARIO PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL Y CANTUM INDEMNIZATORIO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL TÉCNICA LEGISLATIVA. RESPECTO A LOS DAÑOS. QUANTUM INDEMNIZATORIO CONFERIDA EN EL ARTÍCULO 345-A. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. LA ANTIJURICIDAD. FACTOR DE ATRIBUCIÓN. NEXO CAUSAL. DAÑO. PROPUESTA RESPECTO AL ARTÍCULO 345-A. MODIFICATORIA DE LA ARTICULACIÓN POR LA CORTE SUPREMA: INDEMNIZACIONES SERÁN DE OFICIO. OPINIONES. NUEVA METODOLOGÍA. COMENTARIO SOBRE ESTE ARTÍCULO EN LA WEB. JURISPRUDENCIA: CASACIÓN N° 606-2003 Y CASACIÓN N° 1120-2002 PUNO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Como el Código Civil de 1984 es humanista, contiene derechos que giran en torno a la persona, protegiéndola de todo abuso. Y si bien el Estado conforme al Art. 4 de la Constitución promueve y protege a la familia y promueve el matrimonio, no menos cierto es que por diversos factores puede darse el quiebre de dicha unión, decidiendo las parejas separarse de mutuo acuerdo o por aplicación de las causales establecidas en la norma civil.

Ante estas circunstancias el legislador previó en el Art. 343 de la citada norma, que cuando la separación es por culpa de uno de los cónyuges, este perdía los derechos hereditarios que le correspondieran. Del mismo modo, al causarse un supuesto perjuicio con esta separación de hecho, tanto al cónyuge como a los hijos, en Art. 345-A se prescribe el pago de una indemnización por daños y perjuicios, incluyendo el daño personal, cuya causal está configurada dentro de la doctrina del llamado

¹ SELJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Doctora en Derecho UNMSM, Magíster en Derecho Civil y Comercial y en Ciencias Penales. Doctorado en Administración y Educación UNMSM, Docente en Pre y Post Grado UNMSM, UNFV, U.Lima, Consejo Supremo de Justicia Militar



divorcio-remedio; que al conferir derecho a indemnización implica la probanza de un perjuicio, lo cual conlleva a un análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Esta indemnización conforme al Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema (25 Ene 2012) no tiene carácter de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino de "equidad y solidaridad familiar". Al respecto, sin discutir el nomen juris que le corresponda al pago, debo precisar que muchos doctrinarios son de la opinión que tal indemnización debería ser de oficio y no a planteada por el demandante, sin embargo, otro sector de la doctrina, contrariamente refiere que ello no sería posible, por cuanto afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto a los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio peticionado.

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 27495 del 07 Jul 2001, incorporó el Art. 345-A en el Código Civil, prescribiendo que "para invocar el supuesto del inciso 12 del Art. 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 Arts. 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes".

La norma en mención incorpora de un lado, los requisitos para la invocación de la separación de hecho (Art. 333, inciso 12), y de otro lado, establece una norma de preservación por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación. Sin embargo, a los efectos de esta última parte, el dispositivo en su parte pertinente, dice textualmente "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 que le pudiera corresponder".

A partir de esta disposición ha generado, diversidad de problemas jurídicos, desde su interpretación, hasta en su aplicación, dando lugar al desarrollo de jurisprudencias contradictorias. De un lado, quienes entienden que la norma mencionada no contiene un mandato imperativo, en el sentido que a las partes corresponde peticionar la indemnización o la adjudicación de la casa conyugal, y de otro lado, otra opción valorativa en el sentido que contiene una norma que obliga al Juez necesariamente a pronunciarse aún cuando no haya sido solicitada la posibilidad indemnizatoria a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, que a manera de comentario se analizará la Casación N° 606-2003.

Previamente abordaré algunas instituciones que involucran esta temática, para luego desarrollar sobre la regulación de la indemnización en el caso de la separación de hecho.



La familia²

La Constitución del Estado, señala en su Art. 4 que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”, y el Art. 236 del Código Civil, establece que “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados por la Constitución Política del Perú”.

La familia, como núcleo fundamental de la sociedad y base de la organización de ella, se fundamenta en la misma consustancialidad de la persona humana. Es decir, se presenta como una necesidad, por ello se afirma que se presenta como un refugio, donde se satisfacen sus necesidades primordiales, donde se van adquiriendo los primeros hábitos culturales, donde se consolida el aspecto espiritual de la persona, en fin la personalidad, de ahí que el Estado le brinda su protección.

La familia está asociada a la idea de conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción. Por esta característica señalada no es fácil definir a la familia de manera unívoca, se afirma por ello que “la familia presupone una determinada manera de organización de grupos sociales reducidos o celulares que comprende sobre todo unas determinadas pautas de comportamiento, un conjunto de creencias y de tradiciones. Sólo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas a las que sirve, puede definirse lo

que hay que entenderse por familia en cada momento de su evolución”³.

En cuanto a su naturaleza desde el punto de vista sociológico, “la familia es, sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad”⁴.

La familia se presenta así como lugar propio para el establecimiento de las relaciones humanas, las que generan efectos de diverso orden, desde las patrimoniales para la satisfacción de las necesidades de la familia, las personales en las relaciones establecidas entre los integrantes de ella, hasta en el aspecto afectivo, dado que es en la familia donde, como se dijo, se comparte los sentimientos, las emociones, etc.

El derecho de familia se ocupa de la regulación jurídica de esta institución. “La función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros—cónyuges, hijos, parientes— deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas. Esto no significa que el derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar”⁵. El hecho que exista una reglamentación legal de la familia y que la familia sea una institución jurídica, no nos debe llevar a un panjuridicismo de manera que pensemos que sólo es familia lo que el Derecho regula y que el Derecho regula todos los aspectos de la relación familiar⁶.

² ROSAS TORRE, Damián Enrique, E-mail: porelderecho@yahoo.es

En: <http://www.ilustrados.com/tema/11166/Indemnizacion-proceso-divorcio-causal-separacion-hecho.html>

³ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Volumen IV, 7ª edición, Reimpresión 1998, p. 30.

⁴ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4ª Edición, 1996, p. 9.

⁵ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op. cit., p. 10.

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. cit., p. 36.



Suele haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones, que la ley no recoge, y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia, y que obedecen a concepciones éticas o morales, e incluso religiosas, de los miembros de la familia⁷. El Derecho no regula la totalidad de los aspectos de la institución y de la vida familiar. Incluso cuando existe una regulación del Derecho, las situaciones concretas y los concretos conflictos no siempre se resuelven recurriendo al Derecho. Las familias y sus miembros se mueven con gran frecuencia en función de pautas, reglas o impulsos que no son jurídicos. Es muy grande la fuerza de las creencias y los usos, si bien es cierto también que la existencia de unas u otras reglas jurídicas ejerce una notable presión y un influjo a veces sólo indirecto y difuso sobre el grupo familiar, contribuyendo a dibujar el perfil con que este grupo queda configurado⁸.

El matrimonio

La norma constitucional del Art. 4, segundo párrafo, señala "La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley"; y el Art. 234 del Código Civil define el matrimonio como "la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común". El matrimonio puede definirse como la unión de un varón y de la mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia⁹. La unión de un

varón y una mujer tiene un carácter jurídico, nace del consentimiento de los contrayentes y en el consentimiento encuentra su fundamento¹⁰.

El matrimonio, desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Es evidente que el matrimonio trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas, en cuanto marido, mujer y también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta y, de algún modo, organiza¹¹. En cuanto a las relaciones que se establecen, "el matrimonio constituye, entre las personas que lo contraen, una relación de carácter sumamente por los fines que a través de ella se tratan de obtener. La comunidad vital que entre los casados se trata de establecer se proyecta en los comportamientos futuros de ambos y en los bienes que poseen y poseerán¹²".

Deberes del matrimonio

En el Art. 287 y ss., del Código Civil se encuentran regulados los deberes y derechos que nacen del matrimonio, como los de asistencia, fidelidad, cohabitación, etc. De los cuales, únicamente me ocuparé de dos de ellos que están estrechamente vinculados a la presente temática, el de fidelidad y el de cohabitación. En cuanto al deber de Fidelidad "implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedoras y lesiva para la

⁷ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 10.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 36.

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 63.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 64.

¹¹ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 73.

¹² DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 95.



dignidad del otro¹³. La fidelidad es ante todo sexual. En el plano jurídico significa reprobación del adulterio, que aun cuando despenalizado, es un ilícito civil y puede constituir causa legítima de separación matrimonial, de desheredación y de pérdida del derecho de alimentos¹⁴.

En cuanto al deber de cohabitación, "cohabitar, vivir (o habitar) juntos, implica respecto de los cónyuges la obligación de convivir en una misma casa"¹⁵. Al igual que la anterior también es recíproco. "El matrimonio es una comunidad existencial, y normalmente significa unidad de techo, de lecho y de mesa (thorum et mensa et cohabitatio), pues sólo de este modo la función que el matrimonio cumple se puede realizar"¹⁶.

Este deber jurídicamente puede ser suspendido, únicamente "cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia" (Art. 289 Código Civil). De ahí que se enfatiza que, "la fórmula de la ley permite contemplar todos aquellos aspectos que, atentando existencialmente el equilibrio emocional de uno de los esposos dentro de un marco de razonabilidad, permitan inferir la inconveniencia de mantener la cohabitación"¹⁷.

Divorcio y la separación de hecho

El Código Civil regula la separación de cuerpos y sus causales, para su posterior divorcio entre los cónyuges (Art. 332 y ss.). Se denomina separación a una situación del matrimonio, en la que, subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones¹⁸.

Respecto a esta materia, debemos distinguir entre la separación de hecho conferida por la ley, y las separaciones de hecho que se producen al margen de ella, como podría ser a decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges o por mutuo consentimiento, o incluso con asentimiento tácito; en cuyos casos se advertiría sustancialmente incumplimiento de deberes fundamentales del matrimonio, como se precisó anteriormente. Precisamente "en términos generales la separación puede ser una situación puramente fáctica (separación de hecho) o una situación fundada en la ocurrencia de los presupuestos prevenidos por la ley y acordada en virtud de una decisión judicial (separación legal en sentido estricto)"¹⁹.

La doctrina consigna diversas formas de divorcio:

- a) Divorcio repudio: mediante esta forma bastaba la voluntad de uno sólo de los cónyuges para disolver el vínculo. Esta es la forma más primitiva de divorcio. Hoy en día en desuso.
- b) Divorcio por voluntad unilateral: basta la decisión de una de las partes y llenado ciertas exigencias se puede decretar el divorcio por la autoridad correspondiente.
- c) Divorcio por mutuo consentimiento: en este caso se manifiesta la voluntad de ambos cónyuges, pero aceptada y ratificada por la autoridad para decretar la disolución del vínculo.
- c) Divorcio sanción: en el que se considera como causal de disolución los hechos que sólo se imputan a uno de los cónyuges y que esgrime el cónyuge inocente a fin de castigar con la disolución al responsable.
- d) Divorcio remedio: causada por la propia realidad social, familiar, económica y

¹³ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 199.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. cit., p. 97.

¹⁵ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 207.

¹⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 97.

¹⁷ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 207.

¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 101.

¹⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 101.



política que vive nuestra sociedad, toda vez que se viene dando situaciones irregulares y muchas de ellas ilegales que afectan la institución del matrimonio negando su propia esencia que es la de hacer una vida en común²⁰.

Divorcio-sanción

Respecto al Divorcio como sanción, "de acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada convincente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal²¹.

Según esta tendencia, "la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la ley, como adulterio, abandono, injurias graves, etcétera. Si los hechos no fueren probados, el juez debe desestimar la demanda, aún cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. En síntesis, la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos (pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etcétera)²².

La determinación de qué hechos deber servir como base al divorcio es algo que se encuentra muy estrechamente ligado a la concepción que del mismo se tenga. En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio y otras situaciones similares²³.

Divorcio-remedio

Siguiendo al autor Díez-Picazo, resalta que "diferente es la óptica en la tesis que hemos llamado frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla²⁴.

El divorcio-remedio "se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por eso, se acepta la separación personal o el divorcio vincular por petición conjunta de los esposos, en la que ellos están dispensados de poner de manifiesto las causales que motivan su petición²⁵.

²⁰ Contenido en el Dictamen de la Comisión de Justicia, recaído en los Proyectos de Ley N° 154/2000; 278/2000; 555/2000; 565/2000; y 795/2000 en virtud del cual se propone la separación de hecho como causal de separación de cuerpos; que originó la dación de la Ley N° 27495.

²¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 115 y 116.

²² BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 330.

²³ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 116.

²⁴ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op., cit., p. 116.

²⁵ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 330 y 331.



Entre los postulados que se resaltan en la concepción del divorcio-remedio se encuentran:

- a) El divorcio será siempre tratado como una situación de excepción: no se pretende desestabilizar la institución jurídico-social del matrimonio, sino sencillamente dar una solución a los casos en que excepcionalmente, la comunidad de vida que implica la relación conyugal se ha roto de un modo irrevocable.
- b) El divorcio debe ser concebido no como una pena o sanción ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes maritales, sino como un camino de salida, un remedio, para aquellos casos en los que el conflicto ha llegado a tal grado de agudización que resulta imposible mantener la comunidad de vida que implica el matrimonio²⁶.

Podemos decir que la diferencia sustancial entre la concepción del divorcio-sanción y del divorcio-remedio, reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto. En otras palabras, la concepción del divorcio-sanción, responde a la pregunta: ¿cuál es la causa del divorcio conyugal?; mientras que la concepción del divorcio-remedio, responde a esta otra: ¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio?²⁷

Para el tema que nos ocupa, me referiré a la separación de hecho como situación puramente fáctica, que es la que, en puridad se tiene como presupuesto como causal para demandar el divorcio, pues "en la actualidad la separación de hecho, aunque no puede considerarse

obviamente como una situación regular, no es tampoco ignorada ni privada de importantes efectos jurídicos. Únicamente en aquellos casos en que el hecho determinante de la separación proceda de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges podrá ser constitutivo de abandono y generar las consecuencias del abandono, aunque tampoco pueda excluirse que lo que inicialmente haya podido ser un abandono, termine convirtiéndose en una situación distinta cuando se consiente merced a un comportamiento concluyente"²⁸. Este es un aspecto muy importante que, como se verá tiene trascendencia al momento de la determinación de los hechos del conflicto para el eventual establecimiento de la indemnización, que contiene el Art. 345-A del Código Civil, en el proceso sobre Divorcio por la causal de separación de hecho (Art. 333 inciso 12 Código Civil), que es propia de la figura del divorcio-remedio.

La doctrina del divorcio-remedio, no encuentra su cabal función en la separación de hecho, tal como se encuentra consagrada en el Art. 345-A, desde que, de un lado, en puridad se pretende buscar un "culpable" de la separación para atribuirle la carga indemnizatoria, y por otro, sirve para regularizar una situación de hecho de los cónyuges. Respecto a este carácter objetivo del divorcio-remedio, **EDUARDO ZANNONI** resalta certeramente que "resulta incoherente que de un lado se tienda cada vez más a superar el concepto de culpa en el fracaso matrimonial propiciando las causales objetivas, que precisamente no la atribuyen y, por otro lado, se exalte, sin ninguna clase de matices, la reparación indiscriminada de daños y perjuicios derivados del divorcio con sustento en los principios de la responsabilidad extracontractual"²⁹.

²⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Editorial Grijley, 1ª Edición, febrero 2005, p. 133 y 134.

²⁷ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., *Op. cit.*, p. 332.

²⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. cit.*, p. 110.

²⁹ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., *Op. cit.*, p. 407.



Análisis jurisprudencial

A continuación se analizará la **Casación N° 606-2003 SULLANA**, publicada el 01 de Dic 2003, p., 11119, respecto a la Indemnización en la separación de hecho. En esta sentencia, se acusó inaplicación el Art. 345-A del Código Civil, por cuanto las sentencias de las instancias inferiores no habían fijado una Indemnización ni ordenado la adjudicación de los bienes sociales a favor de la perjudicada, cuya parte considerativa pertinente y la resolutive es la siguiente.

"CONSIDERANDO: Primero.- Que por la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley – en éste último caso luego de realizado la separación convencional – pueden acudir al órgano jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial civil existente entre ellos conforme es de entenderse del artículo trescientos ochenticuatro del Código Civil, concordado con los artículos trescientos cuarentinueve, trescientos treintitres y trescientos cincuenticuatro de ese mismo texto normativo; **Segundo.-** Que en ese marco (descartados los casos en que se solicita el divorcio luego de decretado la separación de cuerpos) debe precisarse que pueden presentarse las siguientes posibilidades; I) Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada del "divorcio-sanción", que se hallan contempladas en los acápites primero al sétimo y décimo del artículo trescientos treintitres del Código Civil; II) Que accione el cónyuge ya no "perjudicado", sino aquel que busca solucionar una situación conflictiva siempre y cuando no se base en hecho propio, supuestos regulados en los incisos ocho, nueve y once del artículo trescientos treintitres citado que se hayan justificados por la teoría conocida como "divorcio-remedio"; y III) Que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar al igual que en el caso anterior una situación conflictiva, caso que contempla el inciso doce del multicitado artículos trescientos treintitres y que también pertenece a la teoría del divorcio remedio, en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se

incumplen los deberes conyugales; **Tercero.-** Que éste último caso, en el que cualquiera de los cónyuges puede ser quien active el aparato jurisdiccional; es el de la separación de hecho, introducida en nuestro sistema Civil mediante la ley veintisiete mil novecientos cuarenticinco, modificatoria del artículo trescientos treintitres del Código Civil; causal que busca dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad de acuerdo al artículo doscientos treinticuatro del Código Civil; **Cuarto.-** Que sin embargo en busca de la protección a la familia las normas que la regulan establecen determinados requisitos para que pueda entablarse y en su caso ampararse, como es el plazo de dos años sino existen hijos y de cuatro si lo hay, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones alimentarias; y la fijación de una indemnización al cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente a su parte de los bienes de la sociedad conyugal independientemente a la pensión de alimentos que pudiera corresponder; **Quinto.-** Que, en efecto el artículo trescientos cuarenticinco-A del Código Civil dispone textualmente: "Para invocar el supuesto el inciso doce del Art. 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 Arts. 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes"; **Sexto.-** Que interpretado dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos



como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicarse de modo que compense su mayor perjuicio; **Sétimo.**- Que la impugnante ha denunciado la inaplicación del Art. 345-A del Código Civil, sustentada en que los juzgadores no han fijado la indemnización correspondiente, ni ordenado la adjudicación preferente de los bienes sociales a su favor no obstante ser la perjudicada, a lo que es de anotar que de la revisión de las sentencias se tiene que no existe un pronunciamiento sobre tales aspectos señalados por el Art. 341-A, sin embargo, para que se dilucidan tales puntos es necesario la revaloración de la prueba lo que no puede efectuarse en sede de casación por lo que debe remitirse los autos a fin de que las instancias se pronuncien sobre dichos puntos de conformidad con el Art. 122 inciso 3º y 4º del Código Procesal Civil, considerando asimismo el Art. 483 del Código Procesal Civil en lo pertinente; **Octavo.**- Que en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del Art. 396 del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO** el recurso de Casación de fojas ciento cuarenticuatro (...); en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento cuarentiuno, de fecha veinticuatro de Enero del dos mil tres; e **INSUBSISTENTE** la apelada, **ORDENARON** que el Juez emita nuevo fallo con arreglo a ley; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; (...) sobre Divorcio por causal; y los devolvieron. SS”.

Aspectos legales

La Ley N° 27495 introdujo la causal de separación de cuerpos y subsiguiente divorcio, como fórmula encuadrada dentro de la concepción del divorcio-remedio. Nuestro sistema jurídico ha adoptado los sistemas subjetivo y objetivo, la primera encuadrada dentro de la concepción del divorcio-sanción

sustentada en las causales (Art. 333, incisos 1 al 7 y 10), y el objetivo sustentada en la del divorcio-remedio (Art. 333 inciso 12), ésta última basada en la ruptura de la vida matrimonial, esto es, al haberse llegado a determinada situación en la que, ya no podría permanecer formalmente la atadura legal, en la que por tanto no se ingresa a investigar las causas de la ruptura, sino, como se dijo, únicamente el conflicto que originó esa ruptura, el que finalmente servirá, para el establecimiento de la indemnización a favor del cónyuge que resulte perjudicado.

Posibilidad indemnizatoria

En la presente Casación, de un lado hace la caracterización de las figuras del divorcio-sanción y divorcio-remedio, en el Considerando Segundo, al establecer las posibilidades

- I) Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada del “divorcio-sanción”, que se hallan contempladas en los acápites primero al sétimo y décimo del Art. 333 del Código Civil
- II) Que accione el cónyuge ya no “perjudicado”, sino aquel que busca solucionar una situación conflictiva siempre y cuando no se base en hecho propio, supuestos regulados en los incisos 8, 9 y 11 del Art. 333 citado que se hayan justificados por la teoría conocida como “divorcio-remedio”
- III) Que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar al igual que en el caso anterior una situación conflictiva, caso que contempla el inciso doce del multicitado Art. 333 y que también pertenece a la teoría del divorcio remedio, en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

Por otro lado, encuadra los parámetros contenidos en el Art. 345-A del Código Civil, para la procedencia de la indemnización a favor del cónyuge que resulte perjudicado, en el Considerando Cuarto y Quinto, sustentada en el



cumplimiento de deberes alimentarios u otras pactadas por los cónyuges. Entonces, resulta de especial relevancia en este tipo de proceso, la acreditación del perjuicio. En la Casación examinada, en el Considerando Sexto, señala "Que, interpretado dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicarse de modo que compense su mayor perjuicio".

Sobre el perjuicio, necesario pronunciamiento jurisdiccional y quantum indemnizatorio

De la base considerativa de la Casación, es de resultar lo siguiente:

a) La Sala parte de una apreciación no del todo exacta, en el sentido que "por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges". Lo cual no es necesariamente cierto o, por lo menos, aún cuando no se precisa qué clase de perjuicio se refiere (como tampoco lo hace la norma), el divorcio no es fuente de perjuicios. Dado que el proyecto de vida en común inicialmente propuesto por los cónyuges y que se ha visto acabado, puede deberse a múltiples causas, que pueden ser desde factores patrimoniales hasta los afectivos que involucren necesariamente las relaciones familiares, aun cuando no, puedan ser causadas dolosa o culpablemente por cualquiera de ellos o por ambos, o inclusive

puede deberse a circunstancias no necesariamente imputables a su voluntad.

Como se precisó la figura del divorcio-remedio, se sustenta en la concepción objetiva de una situación fáctica de separación de los cónyuges, y no así se ingresa a investigar la culpabilidad del cónyuge que ocasionó la separación. De lo que resulta también, que esta salida legal que confiere la indemnización al cónyuge que resulte perjudicado, no está del todo compatible a la referida concepción, donde por su naturaleza, la separación bajo esa figura, como bien señala en la Casación "busca dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad de acuerdo al Art. 234" (Considerando Tercero, última parte). Justamente "El divorcio como tal, no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible, ante el fracaso de la convivencia matrimonial"³⁰.

b) De otro lado, también sostiene que, los juzgadores deben, "necesariamente pronunciarse, aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado". Aquí igualmente como en la apreciación anterior, de que todo decaimiento ocasiona perjuicio a los cónyuges, se sostiene que el juzgador necesariamente debe pronunciarse sobre la existencia o no, de un cónyuge que resulte más perjudicado. Primeramente la norma no contiene el dispositivo de investigar el que resulte "más" o el "menos" perjudicado, sino únicamente confiere al juzgador que debe velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho. El sostener que los juzgadores necesariamente deben pronunciarse sobre el perjuicio, "aún cuando no lo haya solicitado", conlleva de

³⁰ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 407.



seguro, por una asunción del tenor literal de la norma contenida en el Art. 345-A, en cuanto establece "Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal...".

Este dispositivo conforme se encuentra redactado podría tener dificultades en cuanto a su aplicación procesal, pues de un lado, existe el imperativo de la acreditación del perjuicio por el cónyuge que así se considere, y por otro exige que el Juez "deberá" señalar una indemnización por daños, lo cual resulta incongruente, pues puede que esta indemnización no se haya solicitado, no está en el petitorio, por diversos motivos (incluso por factores económicos, culturales, por móviles de honor, etc.), que pueden ser: por que no se requiere, porque no se tiene carencia en cuanto a que pueda existir buena estabilidad económica y por tanto no se necesita, etc., en cuyos casos, como no se tiene como petitorio y, por tanto, tampoco habría contestación de la parte demandada en ese asunto, ni menos será materia de cuestión controvertida o establecida como punto controvertido en la Audiencia respectiva, por tanto no tendría porqué en esa eventualidad, ser materia del contenido de la decisión final, ello teniendo en cuenta el principio de congruencia procesal.

e) Finalmente, se menciona que de acreditarse el perjuicio "le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicarse de modo que compense su mayor perjuicio". Como se dijo, no es que haya una parte más, y

otra menos afectada para que en función de ello, pueda establecerse la indemnización, sino que, en puridad, existe una situación fáctica real, en que se encuentran dos personas unidas por un vínculo legal, pero que no lo merecen por estar separados por múltiples motivos¹¹, es decir, por que no cumplen la finalidad del instituto del matrimonio al que la Constitución y el Código Civil le confiere reconocimiento. Por ello, ciertamente se afirma, "no se indaga en los cónyuges que han fracasado, cuyo matrimonio ha quebrado, si uno de ellos, o ambos, son culpables del fracaso. La comprobación del fracaso es la circunstancia objetiva que la ley puede tomar en cuenta para posibilitar el divorcio y regular sus efectos"¹².

Precisamente la figura del divorcio está asociada a los hechos en virtud de los cuales origina la ruptura del matrimonio en el que tienen como protagonistas principales a los cónyuges; por ello justamente se resalta que "la llamada "legalización" del divorcio no puede analizarse en abstracto y por separado de los hechos en virtud de los cuales éste se concedería. La consagración normativa de un "derecho a divorciarse" no puede prescindir de los supuestos de hecho que lo harían nacer"¹³.

Apreciaciones de la responsabilidad civil regulada en el Art. 345-A del Código Civil

Una posición encuentra que la indemnización regulada en el Art. 345-A del Código Civil, encuentra su aplicación en las normas de la responsabilidad civil extracontractual; lo cual implicaría un análisis de los elementos que lo

¹¹ Para alegar la separación de hecho, no es necesario explicitar las razones que motivaron la separación, sino únicamente en la medida que tengan su vinculación con derechos conexos como alimentos, patria potestad, tenencia, etc., o una eventual indemnización en cuyo caso será necesario la probanza de la conducta perjudicante; y por tanto, salvaguardando el derecho de defensa la otra parte podrá pronunciarse sobre esa pretensión indemnizatoria, quien podría incluso también alegar algún perjuicio y pedir asimismo indemnización, con lo cual se advertiría que la situación de conflicto familiar se agravaría, de la ya deteriorada relación, lo cual no se ha advertido por parte del legislador al momento de legislar esta materia, que como se dijo, no compatibiliza con la figura del divorcio-remedio, donde por su misma naturaleza no se investiga la "culpabilidad", sino que sirve para regularizar una situación fáctica de personas que siendo casados no cumplen la finalidad matrimonial.

¹² BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op. cit., p. 334.

¹³ CORRAL TALCIANI, Op. cit., p. 131.



configuran tales como la antijuricidad, el daño, la relación causal y los factores de atribución, además de tener en cuenta que, de otro lado, la institución jurídica del divorcio vía causal de separación de hecho, tiene determinadas connotaciones, es decir, en la que no necesariamente tiende a investigar la culpa de alguno de los cónyuges respecto a la separación, sino el daño ocasionado como consecuencia del hecho o hechos que lo causaron; que en cuanto a la antijuricidad se tendría que analizar la conducta de los cónyuges respecto al cumplimiento de sus deberes maritales, o la conducta perjudicante; en cuanto a los factores de atribución, siendo el dolo o la culpa que podrían ser atribuibles a uno o ambos cónyuges que, desde luego, podrían concurrir para configurar el daño o perjuicio.

Sin embargo, se ha resaltado lo controvertido y discutible establecer la responsabilidad civil del cónyuge culpable para efectos de otorgar la indemnización a favor del perjudicado por la separación bajo las normas de la responsabilidad civil. Siendo uno de los aspectos la aplicación de las normas sobre la prescripción de la acción, a las separaciones que hayan sobrepasado los límites del tiempo sobre todo cuando han transcurrido muchos años, luego de la separación fáctica sin que ninguno haya pedido el divorcio vía causal de separación de hecho.

Técnica legislativa

Otra cuestión tiene que ver con la técnica legislativa, en cuanto si la norma pretendía conferir un derecho indemnizatorio a favor del cónyuge perjudicado, debía precisarse lo que debe ser la cuestión fáctica como supuesto de hecho, es decir, si por el divorcio en sí mismo lo

que implica buscar el culpable por las causales señaladas en la ley (criterio normativo); por el mero hecho de la separación como fuente generadora de perjuicio (criterio que al parecer se referiría la sentencia materia de análisis), o por cualquier hecho susceptible de ser considerado como causante, no ya de la separación, sino de los que revistan relevancia jurídica susceptibles de ser causante del perjuicio. Que, ante esta disposición genérica, se deja amplia libertad al juzgador a fin de considerar lo que puede entenderse por "perjuicio", lo cual resulta muy carente y subjetivo al momento de la argumentación de los motivos o razones para considerar "perjudicado" a un cónyuge determinado.

Respecto a los Daños

La doctrina mayoritaria ha juzgado que cuando el divorcio o la separación personal se decretan por culpa de uno de los cónyuges, éste deberá resarcir al otro (que por hipótesis no dio causa al divorcio o a la separación personal) los daños y perjuicios sufridos". El Código Civil en el Art. 351 señala "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral".

Esa doctrina alude a un doble orden de daños: "a) los que produce el divorcio en sí, en razón de la frustración del proyecto matrimonial que ha debido a la conducta del culpable, y b) los que son consecuencia de los hechos que lo determinaron, es decir, aquello que, por su entidad, hayan inferido lesión o menoscabo de derechos personalísimos, como el honor, la integridad física, etcétera"¹⁹.

¹⁹ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 406.

²⁰ Ibidem, p. 406.



Respecto a los hechos que se describan, "es bueno adoptar en esa materia un criterio prudente al valorar los hechos que se invocan como causa de daños. Como bien se ha dicho, el desamor puede ser causa de injurias y de la ruptura de los vínculos tan especiales y delicados que en el matrimonio condicionan la plena realización de los esposos, la necesidad de compartir, de tolerar y comprender, de concretar proyectos y de sostenerse el uno al otro. Puede ser causa de la ruptura de la unión, del enojo y de la culpa, pero no necesariamente fuente de un resarcimiento autónomo derivado de la aplicación de los principios de la responsabilidad extracontractual³⁶.

La doctrina legal no obstará empero, según creemos, a que los jueces en cada caso particular valoren en qué medida esos hechos han agraviado al cónyuge, como persona, independientemente de que, además, hayan constituido el fundamento del divorcio. El derecho al resarcimiento (dicho en otras palabras) no deviene del divorcio, o porque el hecho dañoso sea causa del divorcio. La causa del divorcio no tiene por qué constituir causa de un resarcimiento de orden económico³⁷.

Quantum Indemnizatorio conferida en el Artículo 345-A

El derecho indemnizatorio conferido por esa norma, únicamente requiere la acreditación de un perjuicio por uno de los cónyuges, consagrando que esta indemnización, incluye el daño a la persona. Con lo cual se advierte que, éste derecho indemnizatorio es de entidad mayor a la conferida en el Art. 351 aplicable a las causales sustentadas en la culpa, donde se requiere para su otorgamiento que los "hechos comprometan gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente".

Es decir, además de resultar de inequidad, no resulta razonable que, en el caso del Art. 345-A donde no se exige una afectación de gravedad, sino únicamente el perjuicio para la indemnización, se incluya el daño a la persona como susceptible de ser indemnizado, e inclusive por mandato contenido en el Art. 345-A última parte, es aplicable el Art. 351 en cuanto al daño moral, con el cual amplia la magnitud del quantum indemnizatorio; mientras, en el divorcio por culpa aún cuando sí es exigible una afectación de gravedad (o con mayor antijuricidad civil atribuible al cónyuge culpable) o que comprometan los derechos del cónyuge inocente, pero contiene ciertamente menor entidad indemnizatoria únicamente al aspecto moral, caso en el cual sabemos que además de las dificultades en cuanto a su probanza y su valor pecuniario, se haría una eventual valorización equitativa por el juzgador, conforme establece el Art. 1332 del Código Civil.

Responsabilidad civil extracontractual

Para el establecimiento del derecho indemnizatorio se partirá del establecimiento de sus presupuestos aún cuando la norma del Art. 345-A, estriba en señalar únicamente la acreditación de un perjuicio para fundar la indemnización: la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad, y los factores de atribución, que brevemente los desarrollaré.

La antijuricidad

Como se dijo, el matrimonio impone una serie de deberes (que en el caso de separación de hecho están implicados los de asistencia, fidelidad, cohabitación, siendo éste último el que reviste de suma importancia), de cuyo incumplimiento acarrearía consecuencias legales, de un lado para solicitar el divorcio y derechos conexos, y por otro, petitionar la

³⁶ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 406 y 407.

³⁷ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Op., cit., p. 407.



indemnización correspondiente previa acreditación del perjuicio. Que, para el caso de la separación de hecho, es el derecho conferido en el Art. 345-A, que es propia del sistema del divorcio-remedio, donde por su carácter sustancial no se investiga la culpabilidad, sino únicamente para regularizar una situación fáctica ocurrida en la realidad, cuál es, de la pareja de esposos quienes no cumple los fines de un matrimonio.

En consecuencia, la mencionada norma, hace una excepción a este sistema, al consagrar la posibilidad indemnizatoria a favor de quien resulte "perjudicado" con la separación de hecho, pretendiéndose buscar no tanto el culpable criterio que al parecer se viene manejando erróneamente, sino al perjudicado que resulte de la conducta dañosa atribuible, pero donde debe tener lugar los hechos que tengan cierta entidad con relevancia jurídica, por cuanto, el perjudicante, en todos los casos, no necesariamente pueda ser el culpable de la separación, así como tampoco pueda negarse que ambos puedan ser culpables de la situación fáctica, o uno más que el otro, sino en la medida que la indemnización se origine a favor de quien resulte perjudicado previa probanza en cada caso.

Constituyendo la interrupción de la cohabitación la circunstancia objetiva de la separación de los cónyuges, por ello se sostiene que "la separación de hecho se erige en un supuesto objetivo en que procede decretar la separación personal o el divorcio, y no requiere el análisis de los hechos o las causas que llevaron a los cónyuges a interrumpir la convivencia. Se limita a constatar el hecho objetivo de que dejaron de cohabitar y que, cada cual, continuó la vida separadamente del otro. En ese caso, no existirá atribución de culpa o inocencia respecto de ninguno de los cónyuges"³⁸.

Factor de atribución

En esta debe verificarse la concurrencia y estrecha relación de la conducta de los cónyuges con los hechos que se consideren ilícitos que constituyen el sustento del divorcio por separación de hecho. Ahora bien, es verdaderamente difícil la búsqueda de quien resulte perjudicado, sobre todo cuando la separación haya podido ocurrir desde muchos años, o mejor aún en los casos donde ninguno de los cónyuges haya realizado alguna conducta destinada a recomponer la relación matrimonial o ciertamente han consentido esa situación fáctica, o inclusive, ambos separados de hecho cuya situación incumbe a ambos sin más influencia que por su libre decisión, o también por decisión unilateral cuando el cónyuge abandonado no hizo uso de su acción reclamando el divorcio, dejando transcurrir muchos años.

Es por ello, que la doctrina ha preferido conferir únicamente la posibilidad indemnizatoria, cuando la conducta del cónyuge resulte de cierta gravedad de tal manera que sea susceptible de ser indemnizado. Pero pareciera que la norma mencionada (Art. 345-A) pretende, con la indemnización, que los juzgadores velen por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado, pero no, per se, por su entidad gravosa.

Nexo causal

El daño debe ser el resultado de la conducta imputable a su autor, que sea suficiente como para producir el resultado dañoso. En el matrimonio las relaciones familiares que tienen su lugar al interior de la familia, por esa misma naturaleza dificulta el establecimiento de este nexo, como para establecer la causalidad adecuada, de la conducta perjudicante que ocasiona el daño, lo cual podría en la aplicación judicial devenir en cierta arbitrariedad en ese

³⁸ BOSSERT A. Gustavo, y ZANNONI, Eduardo A., Op. cit., p. 351.



establecimiento. Sin embargo, en cada caso concreto se debe determinar la conexión entre la conducta antijurídica y el daño.

Daño

Elemento fundamental sin el cual, carece de asidero el origen de la responsabilidad civil. El Art. 345-A confiere la indemnización que incluya el daño a la persona. Evidentemente que ésta conlleva una indemnización por posibles daños, que pueden ser materiales como morales. Como se precisó anteriormente, no siendo fuente de indemnización el divorcio, *per se*, consecuentemente, los daños considerados y su magnitud serán los que sean acreditados como consecuencia de los hechos esgrimidos pero que revistan de cierta entidad que resulten de relevancia jurídica, más no así como mera consecuencia de alguna causal de divorcio acreditada o de la "culpabilidad" o por el hecho fáctico de la separación, sino atendiendo a la conducta dañosa por parte del cónyuge perjudicante y teniendo en cuenta los hechos esgrimidos por el(la) pretensor(a) y su contraparte, los que deben ser valorados por el juzgador en cada caso concreto.

Propuesta respecto al Artículo 345-A

La norma en mención, en cuanto al derecho indemnizatorio conferido, contiene efectos patrimoniales que recaen como beneficiario en la esfera del cónyuge que ha resultado perjudicado con la separación, es decir, pretende preservar su estabilidad económica y la de sus hijos, la misma que es alternativa a la posibilidad de la existencia de bienes para su adjudicación. Requiriendo por tanto que al interior del proceso, de un lado debe ser solicitada, y de otro, probado el perjuicio, sin el cual carecería de base real el pretendido pronunciamiento necesario del juzgador, respecto a la atribución de alguna responsabilidad civil.

El texto literal de la norma, Art. 345-A, que dice en su parte pertinente, "Deberá señalar una indemnización por daños incluyendo el daño personal", conlleva diversas interpretaciones, unas por la obligatoriedad del pronunciamiento por los juzgadores acerca de la procedencia del derecho indemnizatorio, aún cuando no haya sido solicitado (petitorio) por la parte, y otros en cambio, sostienen que dicha norma no contiene mandato de pronunciamiento imperativo³⁹, además, por el hecho de no haber sido solicitado, menos haber sido materia de punto controvertido o sometido a debate ni alegado, por tanto no tendría porqué el jugador pronunciarse.

Por ello, podemos apuntar que, considerando el derecho indemnizatorio conferido por la norma sustantiva a favor de algún cónyuge perjudicado en el sentido otorgado, debería únicamente contener la mención "La parte que se considere perjudicada por la separación podrá solicitar una indemnización que incluya el daño personal o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, si lo hubiere, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder"; de esa manera se evitaría dificultades procesales, como eventuales vulneraciones del principio de congruencia procesal y sentencias extrapetitas, más aún, en casos cuando ninguna de las partes haya solicitado alguna indemnización cuando en puridad pretenden únicamente "regularizar una situación fáctica" de separados cuando el matrimonio no cumple sus fines, de manera que la disolución del vínculo (Art. 333 inc. 12 concordante con el Art. 345-A) realmente obedezca a dar esa respuesta, y con ello pueda protegerse a la familia que sí cumpla sus fines, donde en ésta incluso puede estar integrado justamente por cada uno de ellos con otra persona libre de impedimento, y de esa manera pueda consolidarse esas familias; y a la vez, que

³⁹ Véase la Casación N° 2548-03-Lima, publicada el 30 Nov 2004.



con esta norma en ese sentido, se otorga un derecho alternativo al cónyuge perjudicado por la de adjudicación preferente de bienes de la sociedad si lo hubiere, en lo que le pueda corresponder o la de indemnización, de esa manera se estará preservando la estabilidad económica como estatuye la norma en mención.

Modificatoria de la articulación por la Corte Suprema

Al respecto, Presidente del Poder Judicial, doctor César San Martín expresó que los Acuerdos del Tercer Pleno Casatorio Civil revolucionaban el Derecho de Familia, pues contenía que contiene los debates y acuerdos adoptados respecto al tema de la indemnización derivada de la causal de separación de hecho en un proceso de divorcio⁴⁰.

Indemnizaciones serán de oficio

Las indemnizaciones derivadas de la causal de separación de hecho en un proceso de divorcio, que podrán determinarse hasta de oficio, no tienen carácter de responsabilidad civil contractual o extracontractual sino de equidad y solidaridad familiar, afirmó el vocal supremo Víctor Ticona Postigo, quien en diálogo con el Diario Oficial El Peruano explica los acuerdos asumidos durante el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema, cuyos alcances se estiman revolucionarán el Derecho de Familia.

Opiniones⁴¹

Nueva Metodología

Intervinieron los señores jueces supremos titulares Almenara Bryson, quien la presidió, Ticona Postigo y De Valdivia Cano; y, los señores jueces supremos provisionales Carvajal 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 colegios 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 Távara Córdova, quienes actualmente integran la Sala Constitucional Permanente.

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

Al margen de ello, dos hechos han marcado esta audiencia de manera muy especial, al extremo que justifica calificarla han llevado a cabo hasta

⁴⁰ Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema. Oficina de Imagen y Prensa de la Corte Suprema de Justicia, Lima, 25 Ene 2012.

⁴¹ PJ Delimita Ambito Territorial. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ) estableció el ámbito territorial donde las partes procesales y/o sus abogados deberán señalar el domicilio procesal para efecto de las notificaciones, Limes 06 Feb 2012. En <http://www.elperuano.pe/Edicion/seccion.aspx?sec=6>



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.

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

1. Que la discrepancia en la materia alcanzaba al propio Tribunal Constitucional (TC), pues habían dos posiciones contrarias. En la STC N° 4800-2009 y STC 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 definiera esta discrepancia;
2. 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;
3. 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.
4. 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;

5. 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
6. 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).
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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".

11. 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.
12. (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.

Por su parte, LEYSSER LEÓN presentó la siguiente tesis:

1. 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.
2. 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.
3. 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
 - (d) Autoriza a conceder resarcimientos, entre ellos, el del "proyecto de vida matrimonial".
 4. 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
 - (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.

5. 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 pleno 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".

Fuente: Suplemento Jurídica Diario El Peruano

Sobre este artículo de la web, el lector Aguirre Montenegro comentó lo siguiente.

En todo caso, debería Ud. dar como referencia el artículo y opinar al respecto, resaltar lo que le parece bueno, o malo, bajo su propio punto de vista o fundamento.

Por ejemplo, para mi punto de vista, es absurdo que ambos "amicus curiae" nieguen la responsabilidad de algún cónyuge "per se" en la separación de hecho, cuando justamente es lo que el Art. 345-A pretende preservar para defensa de la institución matrimonial en nuestra legislación. Una cuestión es la determinación objetiva de la causal de divorcio, y otra, la que requiere el Art. 345-A, la subjetiva que deviene como motivo de la separación en el caso que sólo uno de ellos se pueda determinar como principal responsable de la misma y en cuyo caso determina el perjuicio del otro.

Nótese que al igual que muchos juristas, pretendo no considerar el término "cónyuge culpable" y "cónyuge inocente" en la deliberación anterior, pero que es ridículo para la determinación del elemento subjetivo pues hablar de un perjudicado y por tanto de un "perjudicador" equivale completamente a un "inocente" y un "culpable". Tanto así, que el mismo Art. 345-A estima que deben aplicarse los artículos correspondientes al cónyuge



culpable como el 323, 324, 350, 351, 352 "en lo pertinente". Todos estos artículos, para las causales subjetivas, requieren de un "culpable" y entonces, de ser imposible determinar uno por la cuestión de "forma" o de "objetividad" (que es el OTRO elemento para configurar el divorcio en esta causal) serían INAPLICABLES a todos los casos.

Entonces, no querer señalar un "culpable" de la separación de hecho, cuando definitivamente si exista, resulta absolutamente ridículo y EVITA la aplicación de la ley en cuanto al Art. 345-A; igualmente, no querer aceptar la frustración de la vida matrimonial de uno por el alejamiento injustificado del otro (abandono comprobado) o por el alejamiento justificado por la violencia física o alguna otra que encaje con las causales subjetivas, es igualmente pretender EVITAR la aplicación de la ley para estos casos que el Art. 345-A precisamente prevé.

Recomendaría a muchos leer como es que se aprueba la Ley N° 27495, la motivación de la misma, en los archivos congresales. Entre los que deberían leer dicha exposición de motivos y prestar atención a lo que se exige en la ceremonia de matrimonio civil, incluyo por supuesto a los "amicus curiae"

Jurisprudencia

Casación N° 606-2003

11 de julio de 2003 (El Peruano 01/12/2003)

... **Quinto.-** Que, en efecto el artículo trescientos cuarenticinco -A del Código Civil dispone textualmente. "Para invocar el supuesto el inciso doce del artículo trescientos treintitrés el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en los pagos 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 al cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, trescientos cuarentidós, trescientos cuarentitrés, trescientos cincuentiuno y trescientos cincuentidós en cuanto sean pertinentes";

... **Sexto.-** Que interpretado dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges, que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio

Casación N° 1120-2002 Puno

10 de enero de 2003

... **Cuarto.-** Que, como se advierte, el objeto de la ley acotada es precisamente no limitar la capacidad de accionar a ninguno de los cónyuges. Que, si bien el primer párrafo del artículo trescientos cuarenta y cinco-A del Código Civil, señala que para incoar esta acción quien demanda 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, es preciso acotar que esta norma le impone una restricción a aquel obligado que pretenda incoar la demanda.

... **Sexto.-** Que, el Colegio Superior considera que sólo puede accionar quien propicia la interrupción de la convivencia conyugal, interpretando así el ad quem el inciso duodécimo del artículo trescientos treintitrés y



el artículo trescientos cuarenticinco –A del Código Civil;

... **Sétimo.**- Que, al respecto deben hacerse las siguientes precisiones; en primer lugar, 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; en segundo término, que ya 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 y de un cónyuge perjudicado (Sic) y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil;

... **Octavo.**- Que, por consiguiente ni el inciso duodécimo segundo del artículo trescientos treintitrés ni el artículo trescientos cuarenta y cinco A del Código Civil del Código Civil limitan la acción de divorcio únicamente a quien unilateralmente haya invocado la separación de hecho. Por consecuencia, han sido interpretadas en forma errónea las referidas normas

CONCLUSIONES

A decir de **CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA**⁴¹, hablar de indemnización o adjudicación de bien social al cónyuge perjudicado por el divorcio es un aspecto de singular importancia resulta ser la determinación del cónyuge perjudicado, particularmente si consideramos la trascendencia de la fijación de los efectos personales y patrimoniales de la disolución, máxime si tenemos en cuenta que el perjudicado no necesariamente ha de coincidir

con la persona del cónyuge emplazado, podrá serlo si éste es el consorte abandonado en contra de su voluntad, más no lo será si la separación de los cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la de abandono injustificado de la casa conyugal, causal para la cual, como se ha referido existen jurisprudencialmente criterios diferenciados para la merituación del elemento subjetivo de la misma, optando de este modo por facilitar su causal.

Al respecto, el texto legal señala literalmente que le corresponde al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, para lo cual se 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 pudiere corresponder.

Debe tenerse en consideración en la interpretación de dicho dispositivo, que los derechos derivados de los daños irrogados por el divorcio, si bien son derechos familiares éstos son de carácter patrimonial, y que en consecuencia la afectación debe ser alegada por el perjudicado. Por ello, resulta necesario distinguir entre las consecuencias del divorcio y los derechos que emergen por las condiciones particulares de una causal, que al admitir la invocación del hecho propio, otorga al afectado, ventajas derivadas de su propia condición. Son consecuencias del divorcio el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales, el señalamiento del régimen de

⁴¹ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Sala de Familia. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las nuevas causales de divorcio en discusión: ¿Divorcio remedio en el Perú? En http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-02_%20nuevas_causales_divorcio_210208.pdf



patria potestad, pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges divorciados, entre otros, en cambio es un derecho patrimonial, que debe ser alegado por su titular el relativo a daños resultantes de los hechos ilícitos configurativos de la causal de divorcio o separación así como los derivados del divorcio en sí mismo, sean éstos materiales o morales, por cuanto el fundamento de la reparación consiste en la existencia de hechos culpables, que han generado un perjuicio.

EDUARDO SAMBRIZZI⁴³ citando a Méndez Costa señala que las manifestaciones del daño moral son múltiples, que hay daño patrimonial en los menoscabos que afecten la reputación e incidan en la actividad laboral del cónyuge inocente, disminuyendo las expectativas razonables de obtener ingresos, así como en las lesiones físicas o psíquicas sufridas; en el contagio de enfermedades o la destrucción de bienes. También lo hay con motivo de la sentencia ya sea de separación o de divorcio, por la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal, con la siguiente secuela de partición de los gananciales, o por el desplazamiento del nivel socio económico de vida llevado hasta ese momento; o por la eventual necesidad de la mujer de tener que emprender una tarea remunerada fuera del hogar; o por los gastos extraordinarios que se derivan del cuidado de los hijos, que ya no puede continuar haciendo en forma personal la esposa que debe salir a trabajar.

Añade **FERRER** que la separación en sí misma es susceptible de ocasionar daño moral, como podría ocurrir con la frustración de un proyecto de vida, lo que puede derivar en agobio y depresión por la pérdida de una vida

conyugal normal, o por la pérdida de la compañía y asistencia espiritual de su cónyuge, que lo pueda llevar a la soledad, así como de su colaboración para la educación de los hijos, pudiendo asimismo sufrir alteraciones profundas en sus hábitos de vida social o profesional, etc.

Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además, porque dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto a los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio peticionado.

FRANCISCO EZQUIAGA GANUZAS⁴⁴, a partir de Jurisprudencia del Tribunal constitucional como del Tribunal Supremo Español, acota respecto al debido proceso: es elemento integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho bilateral para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses. Como también que el principio de contradicción en cualquiera de las instancias es

⁴³ SAMBRIZZI Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, La ley S.A., 2001.

⁴⁴ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco, *Iura Novit Curia y aplicación judicial del Derecho*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2000.



exigencia imprescindible del derecho al proceso con las garantías debidas...de tal modo que la satisfacción de la pretensión de una de las partes por el Juez debe producirse tras haber admitido y tenido en cuenta la contradicción del adversario o, al menos, tras haber otorgado a éste la posibilidad real de llevarlo a cabo. Por ello consideramos que, tanto la indemnización ó adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o en su caso en la reconvención.

Respecto a la adjudicación preferente de bienes sociales, se plantean varias inquietudes a formular, de acuerdo al literal de la norma se propone una suerte de elección entre la indemnización o adjudicación preferente de bienes sociales, por lo tanto el cónyuge perjudicado deberá decidir cuál de los derechos hará efectivo. Otro aspecto que resulta de interés es determinar si la adjudicación preferente es onerosa o gratuita, aunque no se ha señalado expresamente, el hecho de que se propongan como derechos excluyentes, conduce razonablemente a considerar que dicha adjudicación debe ser en principio gratuita, guardando la proporcionalidad al daño producido y seguridad que se desea legalmente brindar al perjudicado..

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, Exegesis, del Código Civil de 1984, Derecho de Familia, Tomo VII, Gaceta Jurídica Editores, Edición, Lima Agosto, 1997.

BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4ª Edición, 1996.

CABELLO MATAMALA Carmen Julia, Divorcio ¿Remedio en el Perú? En Derecho PUCP. N° 54. 2001.

CABELLO MATAMALA Carmen Julia, Comentario inc. 12 Art. 333 del Código Civil Comentado,

Tomo II, Gaceta Jurídica, 2003.

CÓDIGO CIVIL Comentado por los 100 Mejores Especialistas, Gaceta Jurídica, 1ª Edición, junio 2003.

CORRAL TALCIANI, Hernán, Derecho y Derechos de la Familia, Editorial Grijley, 1ª Edición, febrero 2005.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Volumen IV, 7ª Edición, Reimpresión 1998.

DÍAZ VALDIVIA, Héctor, Derecho de Familia, décima edición, 1998.

Dictamen de la Comisión de Justicia, recaído en los Proyectos de Ley N° 154/2000; 278/2000; 555/2000; 565/2000; y 795/2000 en virtud del cual se propone la separación de hecho como causal de separación de cuerpos; que originó la dación de la Ley N° 27495.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco. Iura Novit Curia y aplicación judicial del Derecho. Editorial

Lex Nova. Valladolid, 2000.

PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex, Divorcio, Lima, Gaceta Jurídica, Octubre 2001.

PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex, Manual de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, 1ª Edición, Enero 2001.

PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex, La separación de hecho: ¿Divorcio culpa o divorcio remedio? Análisis y crítica jurisprudencial. Diálogo con la jurisprudencia, 2003.

SAMBRIZZI, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, La Ley S.A., 2001.

VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda, Derecho de Familia, Tomo I, Ed., Huallaga, Edición Junio de 1998.