



# **LIBRO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA**

**Justicia Honorable. País Respetable**

**Lima – Perú  
2012**

## **LIBRO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA**

Corte Suprema de Justicia de la República  
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial  
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial

### **FONDO EDITORIAL DEL PODER JUDICIAL**

**Edición:** Centro de Investigaciones Judiciales. Área de Investigación y Publicaciones  
Palacio Nacional de Justicia, Segundo Piso  
Av. Paseo de la República s/n  
Teléfono 410 1010 - Anexos 11571 / 11185  
Web: [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)  
Correo electrónico: [cij@pj.gob.pe](mailto:cij@pj.gob.pe)  
Lima - Perú  
2012

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
Registro N° 2012-07916

Está prohibida la reproducción total o parcial de la presente obra sin el consentimiento escrito de los editores.

Impreso en Perú

## CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL

César San Martín Castro  
**Presidente**

Luis Felipe Almenara Bryson  
Juez Supremo

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui  
Juez Supremo

Luis Vásquez Silva  
Juez Superior

Darío Palacios Dextre  
Juez Especializado

Ayar Felipe Chaparro Guerra  
Representante de los Colegios de Abogados del Perú







# LIBRO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

## ÍNDICE

	Pág.
<b>Prólogo</b>	
<b>Vicente Rodolfo Walde Jáuregui</b> Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial Presidente del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial .....	11
<b>Nota Preliminar</b> .....	17

### PRIMERA PARTE

#### PRIMER CONCURSO DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2008 «LOS DAÑOS: ALCANCES Y LIMITACIONES EN LAS RELACIONES FAMILIARES»

##### Artículos Ganadores

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho ¿será realmente una forma de responsabilidad civil? <b>Luis Genaro Alfaro Valverde</b> .....	25
La indemnización del daño en los procesos por divorcio por separación de hecho <b>José Francisco Néstor Carreón Romero</b> .....	45
La responsabilidad civil derivada del divorcio: daños en la causal de separación de hecho. <b>Rubén Cayro Cari</b> .....	69

### Artículos con Menciones Honrosas

Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras <b>Juan Carlos Castro Rivadeneira</b> .....	89
El daño en casos de violencia familiar en la provincia de Huancavelica: propuesta para superar <b>Noe Ñahuinlla Alata</b> .....	109

### SEGUNDA PARTE

#### SEGUNDO CONCURSO DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2009

#### «LA FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS»

#### Ganadores

La protección constitucional de la sociedad conyugal en el tránsito de la familia institución a la familia comunidad <b>Rubén Cayro Cari</b> .....	131
¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad? <b>Juan Carlos Castro Rivadeneira</b> .....	149
Las corrientes filosóficas en la legislación peruana sobre el delito de omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación a prestar alimentos <b>Iván Amhed Oré Chávez</b> .....	171

### TERCERA PARTE

#### TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.....	191
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----





## Prólogo

La presente publicación orientada por el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, cuyo Consejo Consultivo me honro en presidir, se refiere a aspectos relevantes de la institución tan antigua que viene a ser la célula básica de la sociedad, La Familia. En el desarrollo histórico, el impulso gregario del ser social, lo ha hecho transitar por las uniones de clanes, las tribus, las confederaciones tribales, las ciudades y las naciones.

Cuando revisamos las normas del Corpus Juris Civile, romanístico en relación a la familia surge inequívocamente el nombre de un sujeto que tenía todas las prerrogativas y preeminencias frente a ella, “El Pater Familiae”, un hombre que con actitudes muchas veces tiránicas gobernaba la organización de la familia que había constituido y en los albores de su creación se permitía enajenarla incorporando en ella los bienes patrimoniales, la persona de su esposa y sus hijos y demás dependientes o mancebos, sobre la base de la cual se instauró la propiedad quiritaria; pero la sociedad histórica referida fue evolucionando para limitar las potestades omnímodas del jefe de familia y sujetarlo a condicionamientos que reconocían los derechos de los hijos y de la esposa, no obstante ello con algunas *capiti diminutio*; sin embargo, con la influencia de los Estados Bárbaros en el escenario romano se desarrolló la institución del *matrimonio*, el respeto de la dignidad de las personas, especialmente el de la familia y esto fue idealizándose en la Sociedad para el logro de la estructura familiar, tal como la conocemos con una propuesta de igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges con el imperativo categórico del respeto recíproco a sus derechos e intereses, con las innovaciones de permitir que la sociedad matrimonial elija antes de consolidarse como tal, si se adhiere en el acervo material sustentatorio a la “*separación de patrimonio*” de cada uno de los futuros cónyuges o al “*régimen de la sociedad de gananciales*” con una pluralidad de bienes entre los que destacan los bienes propios y los bienes sociales.

No es del caso detallar en este exordio las otras singulares y destacables calidades que le corresponde a la relación matrimonial, pero sí es bueno

indicar que nuestra legislación ha avanzado enormemente, después del Código Civil de 1852 y el de 1936 al Código de 1984 (vigente desde el 14 de noviembre de 1984), en el reconocimiento de los derechos inmanentes de la organización familiar –no obstante las distorsiones que pueden nacer del “*divorcio remedio*” y que en algunos aspectos no compartimos–, que no cabe duda que fortalecen la exigencia de una protección adecuada al derecho de cada cónyuge sin distinción de sexos; por ello es que en algunos casos, por la naturaleza de las cosas, resulta evidente que la mujer debe tener derechos preeminentes, porque de ella depende en gran medida el futuro de la sociedad; no hay que esforzarnos demasiado para ver en la sociedad el gran esfuerzo que realiza para afirmarla y orientarla hacia los estadios de progreso y desarrollo; no cabe duda que en una economía globalizada ha ingresado con fuerza propia, con iniciativa singular al mercado de trabajo y de creatividad *la mujer*; cuando la sociedad se orientaba solo con un criterio varonil no se dieron los estadios que hoy vivimos en nuestro sistema económico en el que se lucha contra la extrema pobreza tratando de crear nuevos puestos de trabajo para que el ser social satisfaga sus necesidades de subsistencia con decencia y dignidad.

Es en esa organización social donde destaca la familia, en la forma que proponemos en los párrafos precedentes y se presentan algunas veces situaciones que vulneran sus reglas básicas afectando a sus protagonistas más importantes y eso produce daños que deben ser resarcidos con equilibrio y en exacta medida. Muchos de los artículos que contiene el presente trabajo que se me permite prologar contienen algunos conceptos referidos en los párrafos precedentes y no podemos obviar el señalar que el Código Civil peruano, al referirse a la Familia, nos precisa que su regulación jurídica tiene como finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamados en la Ley de Leyes, la Constitución Política.

Destaca la norma sustantiva en materia civil, que el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer igualmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código con la finalidad de hacer una vida en común. Destacándose que el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, de tal manera que si se incumplen estos preceptos es lógico suponer que deben aplicarse las sanciones que la ley material estatuye.

Si un hombre y una mujer libres para determinarse deciden contraer matrimonio y constituir una familia, el Estado que las alberga, en este caso el peruano,

debe protegerlos con leyes claras, con normas precisas, con tutelas efectivas y no solo declarativas; es por ello que compartimos las nuevas corrientes que nutren las decisiones jurisdiccionales de la Suprema Corte nacional, que estatuye la obligación indemnizatoria en favor del cónyuge menos favorecido. Es prudente indicar que más allá de una pretensión indemnizatoria deben rescatarse las potestades legales que permitían al juzgador defender el matrimonio cuando esto era posible, porque en él se va a enraizar la familia, que es el futuro de la sociedad; si perdemos el paso en el curso dialéctico de lo que ya aconteció y de lo que está por venir e ignoramos la fortaleza que otorga esta célula básica a cualquier organización social, estaremos perdiendo el juicio de la historia, y si no reflexionamos a tiempo, aun cuando transcurran varias centurias no seremos invitados a ese estadio sobresaliente del desarrollo del ser social que se ubique en la coexistencia pacífica de todos los pueblos de la tierra en obsequio de la paz, valor insoslayable para cualquier colectivo social que desee representarnos.

Con estas ideas preliminares que nacen de la versación adquirida en el ejercicio de mi desarrollo jurisdiccional, en el área civil y corporativa, quiero presentar los trabajos del contenido de esta publicación que son enriquecedores en la propuesta y que además constituyen un logro importante en el desarrollo de las actividades que viene realizando la Suprema Corte de la República con cada uno de sus integrantes en cada una de las instancias que conforman a nuestra querida institución, el Poder Judicial.

**Vicente Walde Rodolfo Jáuregui**  
Presidente  
Consejo Consultivo del Centro de  
Investigaciones Judiciales del Poder Judicial







## Nota Preliminar

En el marco de la política institucional del Poder Judicial de fomentar la investigación jurídica en temas relacionados con la administración de justicia, la Comisión de Capacitación del Área de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, constituida por Resolución Administrativa N° 066-2008-P-CSJLI/PJ, presidida por la Dra. Carmen Julia Cabello Matamala y conformada por la Dra. Patricia Janet Beltrán Pacheco, Dr. Carlos Hugo Suárez Chávez, Dra. Carmen Torres Valdivia y Dra. Carmen Alicia Sánchez Tapia, elevó por intermedio del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la solicitud de aprobación del concurso de artículos de investigación a nivel nacional sobre el tema «Los Daños: Alcances y Limitaciones en las Relaciones Familiares».

Mediante Resolución de fecha 21 de mayo del 2008 el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial autorizó la realización del Concurso de Artículos de Investigación Jurídica «**Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones familiares**». Posteriormente, la referida Comisión de Capacitación y el Centro de Investigaciones Judiciales designaron como jurados del evento a los profesores universitarios: Juan Espinoza Espinoza, Mario Castillo Freyre y Jorge Beltrán Pacheco, quienes, culminado el proceso de evaluación, señalaron como ganadores a: **Luis Genaro Alfaro Valverde**, con el artículo «Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho. ¿Será realmente una forma de responsabilidad civil?» (*Primer Puesto*); **José Francisco Néstor Carreón Romero** con el artículo «La indemnización del daño en los procesos de divorcio por separación de hecho» (*Segundo Puesto*); y, **Rubén Cayro Cari** con el artículo «La responsabilidad civil derivada del divorcio: daños en la causal de separación de hecho» (*Tercer Puesto*).

Además, en este primer concurso, se otorgaron menciones honrosas a: **Juan Carlos Castro Rivadeneira** con el artículo «Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras» (*por buen trabajo de fuentes bibliográficas*); y, **Noé Ñahuinlla Alata** con el artículo

«El daño en casos de violencia familiar en la provincia de Huancavelica: propuesta para superar» (*por destacado trabajo de acercamiento a la realidad social de su región y problemas de la administración de justicia para la aplicación de las leyes*).

De manera similar, ante la solicitud presentada por la Dra. Carmen Julia Cabello Matamala —Presidenta de la Comisión de Capacitación del Área de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima— para la realización del II Concurso de Artículos de Investigación Jurídica denominado «**La Familia desde la Perspectiva de los Derechos Humanos**», el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución de fecha 09 de julio del 2009, autorizó que se llevé a cabo dicho evento. Y, siguiendo la misma metodología de trabajo que en el concurso anterior, se designaron como miembros del jurado calificador a los destacados profesores universitarios: Enrique Varsi Rospigliosi, Yuri Vega Mere, Violeta Bermúdez Valdivia y Raúl Chanamé Orbe; quienes emitieron los siguientes resultados: **Rubén Cayro Cari** con el artículo «La protección constitucional de la sociedad conyugal en el tránsito de la familia institución a la familia comunidad» (*Primer Puesto*); **Juan Carlos Castro Rivadeneira** con el artículo «Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión. ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?» (*Segundo Puesto*); e, **Iván Amhed Oré Chávez** con el artículo «Las corrientes filosóficas en la legislación peruana sobre el delito de omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación a prestar los alimentos» (*Tercer Puesto*). Además, como parte de la premiación de este concurso, la Presidencia del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa N° 021-2011-P-CE-PJ, mediante la cual felicita a los ganadores.

Son, pues, este conjunto de artículos los que en la *Primera y Segunda Parte* de esta publicación ponemos al alcance de toda la comunidad jurídica, de tal forma que su difusión constituya un reconocimiento más al afán de sus autores por la investigación, al tiempo que se pone en debate los importantes temas en ellos tratados. Sin embargo, cumplimos también con poner de relieve que en la *Tercera Parte* de este libro se incluye la Sentencia dictada por el **Tercer Pleno Casatorio Civil** de la Corte Suprema de Justicia de la República, pues en él se trataron algunos de los puntos abordados en los artículos ganadores aquí incluidos, quedando así dilucidados, a nivel judicial, determinados aspectos que los citados autores presentaban como problemáticos.

## Los editores

---

**PRIMERA PARTE**



**PRIMER CONCURSO DE ARTÍCULOS  
DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2008**

**«LOS DAÑOS: ALCANCES Y LIMITACIONES EN  
LAS RELACIONES FAMILIARES»**







# REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO: ¿SERÁ REALMENTE UNA FORMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL?

LUIS GENARO ALFARO VALVERDE\*

## RESUMEN:

La indemnización regulada en la causal de separación de hecho no es un tipo de responsabilidad civil, sino que tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata de una obligación legal indemnizatoria interpuesta a uno de los cónyuges a favor del otro a fin de corregir la inestabilidad o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho.

**Palabras clave:** Indemnización, separación de hecho como causal de divorcio.

## SUMARIO:

1. A manera de preámbulo. 2. Algunas reflexiones sobre su tratamiento legal. 2.1. Breves consideraciones del caso peruano. 2.2. El derecho comparado como fuente de inspiración 3. Naturaleza jurídica de la indemnización por separación de hecho. 3.1 Controversias sobre su naturaleza jurídica. 3.2. Identificación de su verdadera función, 3.3 Un nuevo enfoque determinante. Examen pormenorizado de los diversos enfoques. 4. Obligación legal de indemnizar la inestabilidad económica del cónyuge perjudicado. 4.1 No constituye una forma de responsabilidad civil. 4.2 Algunos comentarios sobre la denominada "indemnización por sacrificio". 5. Conclusiones.

## 1. A MANERA DE PREÁMBULO

Los efectos patrimoniales del divorcio<sup>1</sup>, excluyendo a las relativas al régimen de bienes, han sido abordadas por las legislaciones comparadas a través de distintos modelos que buscan lograr un equilibrio entre el principio de la auto responsabilidad, en virtud del cual cada cónyuge separado debe procurarse sus propios medios de vida<sup>2</sup> y el de la solidaridad post conyugal, entendido como una relación de asistencia material atenuada, respecto a la vigente durante el matrimonio, pero análogo a la asistencia entre cónyuges separados<sup>3</sup>.

\* Secretario Judicial de la Corte Superior de Justicia Del Santa.

<sup>1</sup> "(...) El matrimonio constituye una relación de carácter sumamente complejo, que determina un conjunto de deberes y derechos atinentes a la vida en común de los casados y, al mismo tiempo, otro conjunto de deberes y derechos de proyección y contenido económicos (...) Es usual denominar al primero como 'efectos personales del matrimonio' y al segundo 'efectos patrimoniales' o económicos del matrimonio. PERALTA ANDÍA, Javier, *Derecho de familia*, IDEMSA, Segunda Edición, Lima, 1996, Pág. 189.

<sup>2</sup> GARCÍA RUBIO, María. *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, Pág. 119.

<sup>3</sup> CAMPUZANO TOME, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 22.

De esta manera, en la formante doctrina comparada, ha tomado fuerza la idea de un resguardo especial (además de la pensión de alimentos), para el cónyuge que a consecuencia del divorcio, queda en una situación perjudicial. Es decir por medio de una indemnización se pretende distribuir adecuadamente los costos de una ruptura del vínculo matrimonial.

Así, el legislador nacional conjuntamente con la incorporación de la separación de hecho como una nueva causal de separación de cuerpos y divorcio prevista en el inciso 12) del artículo 333° del Código Civil, ha agregado la figura jurídica de la “indemnización en caso de perjuicio”, mediante Ley N° 27495<sup>4</sup> específicamente regulado en el segundo párrafo del artículo 345° - A; instituto que en principio se enmarca dentro de la concepción del divorcio remedio<sup>5</sup> (en puridad esta debe ser la idea).

En efecto, se trata de una institución relativamente nueva, en relación a otros supuestos de indemnización generados en el derecho de familia (por invalidez de matrimonio - artículo 283° y divorcio - artículo 351°); que no cuenta con precedente alguno en nuestra legislación y; además, es de notar que la precitada ley sigue el modelo de otros ordenamientos jurídicos, pero lo hace de manera parcial<sup>6</sup>; sin llegar a adoptarlo en su totalidad. Por consiguiente; es necesario ser cauteloso en su interpretación y fundamentalmente en la determinación de su naturaleza jurídica, procurando su construcción a partir de los preceptos que lo integran y evitando tomar elementos de otras instituciones preexistentes<sup>7</sup> (error cometido por algunos juristas).

Precisamente, el objetivo del presente trabajo, es sobre este último tema descrito, pues tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional se advierte una serie de imprecisiones tanto de orden sustantivo, como en su desarrollo procesal. Así, pretendemos determinar si ella constituye, o no, un tipo de responsabilidad civil (como se sostiene por una parte de la doctrina

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, el 7 de julio del 2001 y entró en vigencia el 8 de julio del mismo año.

<sup>5</sup> Al respecto, dicha incorporación, es considerada como uno de los mayores aportes, para aquello que algunos juristas han denominado “el derrumbe” de la concepción divorcio - sanción (subjetivo). Cfr. RAMOS NUÑEZ, Carlos A. *Acera del Divorcio*. Espinal, Lima, 1990, Pág. 76. PLACIDO V, Alex. *El Divorcio*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, Pág. 35

<sup>6</sup> Los modelos más próximos, serían los del derecho civil francés, que establece las prestación compensatoria por disparidad de las condiciones de vida (Artículo 270° y ss. del Code Civil) y del derecho civil español de la pensión compensatoria por desequilibrio económico (artículo 97° y ss. del Código Civil español).

<sup>7</sup> Esta prevención se halla en todos la mayoría de ordenamientos jurídicos, que introducen en su legislación la institución que es materia de análisis. Cfr. con GARCÍA CANTERO, Gabriel, Artículos 97-101, en ALBALADEJO, Manuel (a curia di), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1982, II, Pág. 418.

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?

nacional), preguntándonos: ¿en qué medida se expresa este precepto teórico en los concretos diseños normativos?, ¿es realmente viable tal postulado cuando se deja el limbo de las teorías y se desciende al terreno de las realidades jurídicas?, ¿cuál es la tendencia jurídica más coherente en torno a su naturaleza jurídica a ser aplicada? Estas y otras preguntas relacionadas con su naturaleza jurídica, pretendemos absolverlas teniendo como herramienta hermenéutica el derecho comparado, contrastada principalmente con el formante jurisprudencial nacional.

## 2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU TRATAMIENTO LEGAL

Iniciaremos este apartado, postulando que el divorcio debe ser tratado no como algo ordinario y general; sino como una situación de excepción, de modo que tanto la incorporación de la causal de separación de hecho y la figura de la indemnización, no debe ser considerada como una forma de alentar la ruptura del vínculo matrimonial; y con ello desestabilizar la institución jurídica social del matrimonio; sino por el contrario lo que se pretende es dar solución a los casos en que excepcionalmente la comunidad de vida (que implica, entre otros supuestos, la convivencia fáctica) se ha roto de un modo irrevocable.

Pero centrándonos en su regulación legal, es necesario precisar que en el derecho comparado, a diferencia de nuestro ordenamiento legal (con todas sus deficiencias), su manejo legal es muy disímil y variado; incluso existen países en donde se prescinde de su tratamiento, como sucede en Argentina; sin embargo este hecho no ha impedido para que vía jurisprudencial dicha pretensión sean viable y eventualmente estimada.

### 2.1. Breves consideraciones del caso peruano

En nuestro ordenamiento legal, existen otros supuestos de indemnización como una consecuencia patrimonial del divorcio, como aquel regulado en el artículo 351° del Código Civil<sup>8</sup>, como un efecto adicional a la pensión de alimentos que pudiera acaecer<sup>9</sup>; sin embargo su fundamento gira en torno a la concepción tradicional de divorcio como sanción, criterio subjetivo por el cual se busca identificar a un cónyuge culpable y un cónyuge inocente.

<sup>8</sup> Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente: Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

<sup>9</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho de Familia Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, Pág. 342.

Sobre el particular Alex Plácido<sup>10</sup>, sostiene que: “La compensación del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquél 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 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 que el analizado.

De esta manera, como hemos precisado mediante Ley N° 27495 se agrega al supuesto de separación de hecho, aparte de la pensión de alimentos que pudiera configurarse<sup>11</sup>; la denominada: “indemnización en caso de perjuicio”, tratado específicamente en el segundo párrafo del artículo 345- A de la siguiente manera:

“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”.

Como se puede advertir, en el precepto normativo nacional encuentra su más resaltante expresión, el principio de la protección del interés del cónyuge más débil<sup>12</sup>, que resultaría ser en el caso peruano el cónyuge más perjudicado.

Asimismo, es posible inferir válidamente que en nuestro país, se presenta la conjunción en un mismo sistema jurídico, causales de separación de cuerpos y divorcio, que poseen diversos fundamentos jurídicos, por lo que se ha afirmado que nos encontraríamos dentro un Sistema Mixto<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> PLACIDO, Alex. El Divorcio, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, Pág. 36.

<sup>11</sup> En virtud del artículo 350° del referido texto sustantivo que establece: “Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. (...)” -subrayado nuestro-

<sup>12</sup> En la doctrina española, la profesora Encarna Roca Trias afirma que la institución de la pensión compensatoria del artículo 97° del Código Civil español persigue tutelar al cónyuge más débil. ROCA TRÍAS, Encarna, en AMOROS GUARDIOLA, Manuel (a cura di), *Comentario a las reformas del derecho de familia*, Madrid, 1984, I, Pág. 169. En el mismo sentido: MEORO, Clemente M. en LÓPEZ, A.M. (a cura di), *Derecho de familia*, Valencia, 1997, Pág. 175.

<sup>13</sup> PLÁCIDO, Alex, *Ob. cit.*, Pág. 41.

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?

Sobre el particular, resultan pedagógicamente esclarecedoras las precisiones que hace la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al establecer:

“Que, en ese marco, pueden presentarse las siguientes situaciones: 1) 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’**, contempladas en los acápites primero al séptimo y décimo del artículo 333º del Código Civil; 2) que accione el cónyuge no perjudicado, buscando solucionar una situación conflictiva, siempre y cuando no se sustente en hecho propio, conforme a los supuestos regulados en los incisos 8, 9 y 11 del artículo 333º citado, **enmarcados dentro de la teoría conocida como ‘divorcio remedio’**; y 3) 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 12 de citado artículo 333º 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, siendo este último caso (el de la separación de hecho) introducido en nuestro sistema civil mediante Ley N° 27495 ...”<sup>14</sup> (negrita nuestra).

Al respecto, resulta claro que la indemnización analizada, se aplica en los casos exclusivamente por la causal de separación de hecho y lo dispuesto en el artículo 351º del Código Civil se aplicaría a las demás causales de divorcio, en aplicación del principio de especialidad, solucionando cualquier aparente antinomia que pudiera pensarse. Similar dilucidación es tomada en cuenta por la formante jurisprudencial nacional:

“...en lo que respecta a la aparente contradicción entre los artículos trescientos cuarenticinco guión A y trescientos cincuenta del Código Sustantivo, el primero de ellos resulta de aplicación para la separación de hecho contemplada en el inciso doce del artículo trescientos treintitrés del Código Civil y artículo trescientos cincuenta del mismo Código a las otras causales de divorcio del artículo acotado...”<sup>15</sup>.

Por otro lado, sobre el fundamento del artículo 345-A del Código Civil si bien la doctrina nacional y comparada es unánime en afirmar que se halla edificado sobre la teoría del divorcio: remedio, que prescinde de la búsqueda del cónyuge inocente y culpable (divorcio: sanción); sino lo que se pretende es

<sup>14</sup> CASACIÓN N° 1358-2005 emitido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Publicada en el Diario Oficial el Peruano, 30 de octubre del 2006.

<sup>15</sup> CASACIÓN N° 208-2004 emitido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República Lima, Publicado: 30 de febrero del 2006.

salvaguardar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; no obstante existen pronunciamientos judiciales en donde no entiende tal disquisición elemental, pues muchas veces se entremezclan los conceptos cónyuge inocente y cónyuge perjudicado; que emanan de distintos fundamentos; como se aprecia en el siguiente resolución de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

“...resulta evidente que en esta separación de hecho uno de los cónyuges resulta necesariamente inocente y por tanto se convierte en el sujeto pasivo del daño que implica el hecho mismo de la separación conyugal, ahora bien, es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico - material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino, fundamentalmente moral y personal que se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida común con el cónyuge disidente...”<sup>16</sup> (subrayado nuestro).

Asimismo, debemos manifestar en honor a la verdad que su tratamiento legal dista mucho de ser aceptada como un remedio; pues si el objetivo era terminar con la idea de buscar culpables y considerar procedente el divorcio con el sólo hecho de constatar la inviabilidad por la apartamiento físico; entonces como se explica el requerimiento al demandante de acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias. Supuestos como este, son los que nos llevan a pensar que el supuesto de la separación de hecho no pasa de ser más que una buena intención del legislador (debemos presumir la buena fe), pero penosamente no se condice con su esencial fundamento.

Además, si revisamos los debates de los congresistas de la República para la aprobación de la Ley N° 27589, especialmente del contenido del artículo 345°-A; se llega a la conclusión que el caso central que los legisladores tuvieron inicialmente en vista para instituir esta nueva figura legal: se trata de proteger a la cónyuge mujer<sup>17</sup>. No obstante, sería una incoherencia sostener que el supuesto de indemnización antes analizado, es de aplicación únicamente para la mujer, mas lo cierto es que también sea para los cónyuges varones que pueden -pero muchos no se animan a denunciarlo- ser perjudicados como

<sup>16</sup> CASACIÓN N° 1782-2005 LIMA, Lima veinticinco de abril del dos mil seis. Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ. Actualizado al 24 de julio del 2008.

<sup>17</sup> Dictamen de la Comisión de Reforma de Códigos, por unanimidad, recaído en los Proyectos de Ley Núms. 154, 171, 278, 555, 565, 655 y 795/2000-CR, que proponen modificar los artículos del Código Civil y los artículos del Código Procesal Civil sobre separación de cuerpos y divorcio ulterior. Diario de los debates - Segunda Legislatura Ordinaria de 2000.

consecuencia del divorcio por la causal de separación de hecho ¿acaso la mujer no podría generar la separación de hecho o facto?

El supuesto de hecho fundamental que exige la norma examinada es que un cónyuge por el hecho del divorcio sea “perjudicado”; confinando correctamente, así los supuestos de divorcio-sanción antes analizado; sin embargo considero que lo apropiado hubiera sido que el legislador enuncie además algunos supuestos o circunstancias específicas que coadyuven al Juzgador al momento de examinar e identificar dicho perjuicio en cada caso concreto, sin que ello pueda ser visto como un límite a su discrecionalidad<sup>18</sup>; como bien es regulado en el artículo 97º del Código Civil Español, que entre otras circunstancias menciona a las siguientes: los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, la edad y estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

Finalmente, pese al esfuerzo y la buena intención (inferimos) del legislador al incorporar el instituto jurídico examinado, en el Derecho de Familia Peruano, consideramos que es necesario reconocer que son varias las imprecisiones e incoherencias que contiene el precitado dispositivo legal (generadora de jurisprudencias contradictorias), especialmente aquellas de índole procesal; en virtud del cual se han generado una serie de interrogantes, como por ejemplo: ¿el juez siempre debe identificar al cónyuge perjudicado?, ¿siempre debe determinarse la indemnización para el cónyuge perjudicado?, entre otras,

<sup>18</sup> Comentario que coincide, en parte, con la sostenida por TURNER SAELZER, Susan. “Las circunstancias del artículo 62º de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función”. En: Juan Andrés Varas y Susan Turner (coord.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia*, Lexis Nexis, 2005, Pág. 485 y ss., en cuanto a distinguir dos funciones de las circunstancias del artículo 62º: la de determinar la existencia de la compensación y la de cuantificar su monto. No obstante, la profesora Turner parece reducir la primera función de las circunstancias a la de neutralizar o limitar el efecto del menoscabo causado en virtud de la circunstancia típica del artículo 61º, es decir, la dedicación al hogar. De este modo la intención sería ampliar dicha procedencia añadiendo otros criterios por los cuales el juez puede llegar a la conclusión de que el menoscabo se ha efectivamente producido. Comentario que coincide, en parte, con la sostenida por TURNER SAELZER, Susan. “Las circunstancias del artículo 62º de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función”. En: Juan Andrés Varas y Susan Turner (coord.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia*, Lexis Nexis, 2005, Pág. 485 y ss., en cuanto a distinguir dos funciones de las circunstancias del artículo 62º: la de determinar la existencia de la compensación y la de cuantificar su monto. No obstante, la profesora Turner parece reducir la primera función de las circunstancias a la de neutralizar o limitar el efecto del menoscabo causado en virtud de la circunstancia típica del artículo 61º, es decir, la dedicación al hogar. De este modo la intención sería ampliar dicha procedencia añadiendo otros criterios por los cuales el juez puede llegar a la conclusión de que el menoscabo se ha efectivamente producido.

que merecen una revisión exhaustiva, las cuales no es materia del presente trabajo, sino en uno independiente; donde se analicen detenidamente a la luz de los principios y fundamentos del derecho procesal.

## 2.2. El Derecho Comparado como fuente de inspiración

Examinando el derecho comparado, se aprecia que institución semejante a la analizada, se encuentra prevista por los artículos 288° y ss. del Código Civil Federal de México; además por los artículos 270° y ss. del Código Civil Francés; artículos 61° y ss. de la Ley N° 19.947 Ley del Matrimonio Civil Chilena y artículos 97° y ss. del Código Civil Español; entre otros cuerpos normativos de distintos países, que reglamentan el instituto estudiado

No obstante, no es nada nuevo que el Perú, es un país importador de institutos jurídicos foráneos, especialmente de los países de Europa Continental, convirtiendo a nuestro sistema legal en receptores de otras legislaciones. En efecto, la figura jurídica de la indemnización por separación de hecho se encuentra inspirado en primer orden por el Código Civil Español, la que a su vez toma de los artículo 270° y siguientes del Código Civil Francés. Esta semeblanza reside en el origen de su tratamiento nacional, incongruente y con contradicciones internas, pues la *prestation compensatoire*, forma parte de un sistema lleno de complejidades, que no se corresponde con la legislación nacional. Además, que duda cabe, se inspira del modelo italiano del *assegno per divorzio* prevista en el artículo 5° de la ley del 1° de diciembre del 1970; en este sentido, nos detendremos un momento para analizar rápidamente su tratamiento legal.

- a) Francia: Excepto cuando el divorcio se acuerda en razón de ruptura de la vida común, en que se mantiene el deber de socorro y, en consecuencia, pueden acordarse pensiones alimenticias, en los demás supuestos, existe la posibilidad de acordar una *prestation compensatoire*, cuya finalidad es compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida de ambas partes<sup>19</sup>, muy similar al caso peruano.
- b) Italia: Tal como lo hemos adelantado, la figura de la indemnización por separación de hecho nacional, encuentra su par en la denominada *assegno*

<sup>19</sup> Artículo 270°: "Salvo cuando se pronuncie en razón de la ruptura de la vida común, el divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el artículo 212° del Código Civil; pero uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas"

*per divorzio* italiana. Asimismo, se establece una indemnización en los supuestos de nulidad de matrimonio<sup>20</sup>, con exigencias semejantes a las vigentes en España y Chile. La indemnización es a cargo del contrayente a quien le es imputable la nulidad, siempre a favor del que haya contraído de buena fe.

- c) España: Consagrada en el artículo 97º del Código Civil<sup>21</sup>, una pensión que la doctrina y jurisprudencia denominan “pensión compensatoria” y que se define como “aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”<sup>22</sup>

Sobre la recepción legislativa de España los juristas españoles Pereda y Vega Salas<sup>23</sup> han precisado: “En la línea del *assegno di divorcio* del derecho italiano (artículo 5º, Ley 1 de diciembre de 1970) o de la *prestation compensatoire* (artículo 272º, Code) del derecho francés, se implanta en nuestro sistema una figura nueva, híbrida entre las instituciones de finalidad alimenticia (que buscan atender a las necesidades de subsistencia, de carácter periódico) y las que se basan en la causación de un daño, la retribución de un servicio o el enriquecimiento injusto, y que buscan por tanto un reequilibrio patrimonial entre el beneficiario económico del esfuerzo de un tercero y ese mismo tercero (en este caso, el cónyuge desfavorecido por la separación o divorcio)”

<sup>20</sup> Artículo 129º bis Código Civil: “El cónyuge al que sea imputable la nulidad del matrimonio está obligado a abonar al otro cónyuge de buena fe, cuando el matrimonio de anule, (...). La indemnización debe comprender en términos generales una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. (...)”.

<sup>21</sup> Artículo 97º.- El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias: 1 Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2 La edad y estado de salud. 3 La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4 La dedicación pasada y futura a la familia. 5 La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6 La duración del matrimonio y la convivencia conyugal. 7 La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8 El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

<sup>22</sup> CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Ob. cit.*, Pág. 26.

<sup>23</sup> PEREDA GOMEZ, F. Javier y VEGA SALA, Francisco, *Derecho de familia*. Ed. Praxis, S.A., Barcelona 1994 (actualizado), Pág. 157.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR SEPARACIÓN DE HECHO

Comenzaremos, esta medular parte precisando el sentido del concepto naturaleza jurídica, manifestando lo siguiente: “naturaleza”<sup>24</sup> es la “esencia y propiedad características de cada ser” y el término “jurídico” es lo que “atañe al derecho”; por consiguiente, participan en el concepto de naturaleza jurídica el fundamento y la finalidad de todo negocio o de algún instituto jurídico.

Por tanto, entre otras razones la especificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a los conceptos de textura abierta contenidos en una regulación normativa determinada. Además coadyuva a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativos; y, en último lugar, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio; de esta forma la cuestión resulta plenamente relevante y cobra vida en el plano práctico o jurisprudencial, como lo demostraremos.

#### 3.1. Controversias sobre su naturaleza jurídica

En el derecho comparado los Códigos Civiles (en la mayoría de los casos) y las Leyes de Divorcio (en menor proporción), suelen disponer indemnizaciones o compensaciones con la finalidad de disminuir las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial; sin embargo desde hace mucho tiempo viene siendo objeto de disputas y controversias doctrinales acerca de su verdadera naturaleza jurídica.

Por ejemplo en el Código Civil Francés de 1804, que autorizó por primera vez el divorcio legal, se suscitaron opiniones diversas sobre este particular<sup>25</sup>. La discusión se mantiene en las legislaciones modernas que con distintas terminologías (prestación, pensión compensatoria, asignación de divorcio, compensación económica) conservan esta figura legal.

Incluso en ordenamientos que parecieran haberse zanjado expresamente la controversia, la cuestión vuelve a resurgir. En Argentina los artículos 207° y 217° del Código Civil, incorporados por la Ley de Divorcio 23.515 de 1985, señalan expresamente que se trata de “alimentos”. Pero parte de la doctrina

<sup>24</sup> Diccionario de la Lengua (Real Academia Española), acepciones 6 y 1.

<sup>25</sup> Así, TOULLIER, AUBRY Y RAU, RIPERT, JOSSERAND, y otros. Pueden verse citados en FANZOLATO, Eduardo. *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*, Depalma, Buenos Aires 1991, Pág. 38 y 39.

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?

sostiene que en verdad no lo son sino que se trata de un resarcimiento por los perjuicios derivados del divorcio para el cónyuge inocente<sup>26</sup>.

Entonces no nos debe sorprender, que la indemnización consagrada en el artículo 354-A° del Código Civil nacional, esté ya siendo objeto de numerosas interpretaciones tanto doctrinales, como judiciales que se presentan como discordantes.

### 3.2. Identificación de su verdadera función

Ante los problemas que presenta esta figura, es indispensable tener que recurrir como criterio inicial a la función para la cual fue creada; es decir, detenernos a pensar para qué se introdujo y el contexto social en el que se legisló. De esta manera conviene precisar, además, cuál fue el caso hipotético central que llevó a determinar la institución, dejando fuera del análisis otros supuestos a los cuales se extendió por razones diversas.

No nos queda duda que su función es servir de paliativo de la orfandad económica en que queda uno de los cónyuges que, confiando en la promesa matrimonial, invirtió todos sus esfuerzos en sacar adelante a la familia; y ahora ve que la ley autoriza a que sin su voluntad, le prive completamente del estatuto protector del matrimonio.

Asimismo, resulta trascendente notar que en nuestro país, por razones de política legislativa, se reconoce también una indemnización en caso de invalidez de matrimonio<sup>27</sup>. Esto con la finalidad (inferimos) de evitar un incentivo a los juicios fraudulentos de nulidad que se podrían suscitar si los demandantes buscaran por esta vía eludir el pago de la compensación. De lo contrario habría un incentivo para que estas parejas en vez de la nulidad persiguieran el divorcio.

### 3.3. Un nuevo enfoque determinante

Si la antes referida es su verdadera función, pensamos (conjuntamente con una parte de la doctrina), que la naturaleza jurídica, no es propiamente asistencial o alimenticia, porque el matrimonio se extingue y con ello el deber de socorro. Ni tampoco es una manifestación del enriquecimiento sin causa, puesto que si efectivamente lo hubiera podría reclamarse por una acción

<sup>26</sup> Ídem, Pág. 26 y ss.

<sup>27</sup> Artículo 283°.- Indemnización por invalidez de matrimonio.

Son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.

autónoma. Asimismo no es una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de una chance<sup>28</sup> - criterio por el que se inclina una gran parte de la doctrina-, a pesar de que en el artículo 345° - A del Código Civil Nacional, se haga referencia expresa al daño personal; pues no es indispensable examinar los factores de atribución, el nexo causal y el daño (presupuestos básicos de la responsabilidad civil).

El instituto en estudio, adelantándonos al final, se asemeja más bien con las llamadas en España como indemnizaciones por sacrificio<sup>29</sup>, o lo que nosotros denominamos Obligación Legal Indemnizatoria, como una técnica legislativa usada por el legislador en determinadas figuras legales, en razón de su particular naturaleza, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación en el caso peruano regulada actualmente por la Ley 27117<sup>30</sup> o de imposición de servidumbres legales desarrollada específicamente en el Artículo 350° del Código Civil<sup>31</sup>.

#### 3.4. Examen pormenorizado de los diversos enfoques

No es novedad, que el legislador patrio se haya limitado a establecer el régimen legal de la comprensión económica sin calificarla jurídicamente, por lo que es necesario preguntarse ¿qué es esta institución o qué hay detrás de ella? Al iniciar la tarea de responderla, es necesario ser cauteloso porque cuando se trata de calificar jurídicamente una institución nueva inconscientemente se la intenta encasillar en otras preexistentes; y ello, por lo general, lleva a confundir las cosas, logrando precisamente el efecto contrario a lo requerido, esto es, desnaturalizar la institución.

En torno a la naturaleza jurídica, después de haber analizado su tratamiento legal en el derecho nacional y comparado<sup>32</sup>, resulta necesario sostener que la

<sup>28</sup> En una primera aproximación a la descripción del segundo párrafo del artículo 345° -A del Código Civil, parece que tal supuesto tenía naturaleza indemnizatoria y que se basaba en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante; sin embargo haciendo un mejor estudio, es posible afirmar que si bien tiene naturaleza indemnizatoria no es un supuesto de responsabilidad civil sino el de una obligación legal autorizada de derechos ajenos.

<sup>29</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999, Págs. 56-57.

<sup>30</sup> Ley N° 27117 - Ley General de Expropiaciones- Artículo 2°. Del concepto.- La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

<sup>31</sup> Artículo 1052°.- Onerosidad de la servidumbre legal de paso.

<sup>32</sup> Así, tal como hemos descrito, en el derecho español, el Código Civil, en su artículo 97° reconoce el derecho a una pensión compensatoria en caso de separación y divorcio, adicionalmente el derecho a la indemnización de daños del artículo 98° a favor del cónyuge que de buena fe celebró el matrimonio declarado nulo. En el

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?

doctrina comparada, ha manifestado que su naturaleza jurídica fluctúa entre los alimentos y la responsabilidad civil; sin embargo presentaremos, como ya hemos adelantado, una tercera posibilidad: esto es que la indemnización regulada en la causal separación de hecho, tiene una naturaleza jurídica propia que no se identifica plenamente con ninguna de las antes mencionadas.

No obstante, a la precisión *ut supra* efectuada anteladamente, es menester hacer un análisis pormenorizado de cada una de las citadas posiciones o tendencias jurídicas del formativo doctrinal que intentan explicar la naturaleza jurídica de la obligación indemnizatoria y confrontarlas con los distintos pronunciamientos jurisprudenciales nacionales. De este modo tenemos:

#### A) Naturaleza Jurídica Alimenticia

Para un correcto análisis, debemos partir precisando que el divorcio pone fin a todos los efectos del matrimonio, en especial, al título legal para pedir alimentos<sup>33</sup>. De lo cual no queda duda, pues el legislador ha precisado en forma clara en el artículo 345<sup>o</sup>-A que la indemnización referida es independiente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.

Sin embargo, y aunque no pueda desconocerse que la analizada indemnización cumple en cierta forma un propósito asistencial propio de los alimentos<sup>34</sup>, ella no puede ser calificada, como tal. Principalmente porque no es un presupuesto para la indemnización que el cónyuge beneficiario carezca de medios suficientes para su subsistencia; además el perjuicio económico no es necesariamente sinónimo del estado de necesidad. El beneficiario de la indemnización puede tener medios e igualmente concluirse que el término del matrimonio le causó un perjuicio, siendo procedente la indemnización.

---

derecho francés, el artículo 270<sup>o</sup> del Code Civil establece el derecho a una prestación destinada a compensar, en cuanto fuere posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio hubiera creado en las condiciones de vida respectivas.

<sup>33</sup> Artículo 350<sup>o</sup>.- Efectos del divorcio respecto de los cónyuges

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

<sup>34</sup> En el Derecho Chileno, el Jurista Pizarro Wilson, sostiene que la mirada para determinar la procedencia de la compensación económica (par de nuestra indemnización estudiada) está volcada hacia el pasado. El Juez debe de considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital. En principio no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no puede ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales están vinculados al deber de socorro y se fijan con base en las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas del alimentante. PIZARRO WILSON, Carlos. *La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, en RCHDP. 3, 2004 nota 2. Pág. 87. Similar sustento jurídico se ha establecido en el artículo 482 del Código Civil peruano: "La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla (...)"

Veamos algunos fundamentos más, que permiten diferenciar entre la indemnización estudiada y la pensión de alimentos:

- a. En el ámbito objetivo.- La primera tiene como fin la indemnización por la inestabilidad; mientras que la segunda se establece para la cobertura de necesidades.
- b. En el ámbito subjetivo.- La indemnización estudiada sólo puede acordarse en beneficio del cónyuge o mejor dicho ex cónyuge perjudicado por la separación de hecho.

Así, en formativo jurisprudencial nacional, es uniforme la distinción de la indemnización analizada, con los alimentos que pudiera corresponderle a uno de los cónyuges, como veremos continuación:

“...interpretado el texto del artículo trescientos cuarenticinco - A debe precisarse que 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 si uno de los cónyuges ha resultado más perjudicado por la separación 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 puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio; de otro lado la misma norma señala también que el monto de la indemnización correspondiente es independiente a la pensión alimenticia que le pudiera corresponder al cónyuge que resulte más perjudicado con el decaimiento del vínculo matrimonial...”<sup>35</sup>.

## B) Naturaleza Jurídica de Reparación Civil

Esta es la posición dominante en la doctrina nacional<sup>36</sup>, en virtud del cual se sostiene que la indemnización examinada es llanamente identificada con un tipo de responsabilidad civil en sentido estricto<sup>37</sup>. Específicamente se le

<sup>35</sup> CASACIÓN N° 802-2003 CHINCHA emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de justicia de la Republica, Publicada el 03 de mayo de 2004.

<sup>36</sup> MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZÁLES Alfonso, En: *Código Civil Comentado*, Tomo II, Primera parte, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, 2003, Pág. 578. ORSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. En: *Responsabilidad Civil derivado del divorcio*. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com). ARIAS-SCHREIBER, Max, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo VII, Derecho de Familia, 3ª. edición, con la colaboración de Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA, Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

<sup>37</sup> Reconociendo que la indemnización contenida en la separación de hecho (como causal de separación de cuerpos y divorcio) no coincide con una indemnización de daños (derivado de la responsabilidad civil) principalmente por que ella no exige culpa del cónyuge deudor y porque considera relevante la buena o

suele asociar con la responsabilidad civil extracontractual y por ello sujeta a cada uno de sus elementos característicos; como es la antijuricidad, el daño, relación de causalidad y factores de atribución.

No obstante, es necesario hacer ciertas enmiendas, señalando que si bien en la institución analizada hay un menoscabo económico; esta no se identifica con un daño, sino con la inestabilidad del cónyuge que resulte perjudicado, como bien lo señala la norma peruana: “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos”, lo que implica un empeoramiento de la posición de uno de ellos para el futuro. La causa inmediata del deterioro económico es el divorcio, sin embargo su causa mediata y determinante son las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial<sup>38</sup>. En este sentido se busca indemnizar al que más pierde con la ruptura del vínculo matrimonial generada por la separación de hecho, hasta ese momento latente.

Por ejemplo, en el derecho español, tanto la doctrina como la jurisprudencia de sus tribunales han matizado la naturaleza indemnizatoria de la pensión compensatoria, equivalente a la indemnización en caso de perjuicio. Así la jurista Encarna Roca Trías manifiesta que la pensión compensatoria del artículo 97º del Código Civil español constituye un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo consistente en el desequilibrio económico consecuencia del divorcio. Sin embargo, precisa que si un resarcimiento por la concurrencia de un daño objetivo producido por la ruptura, no debe llevar a entender que la indemnización estudiada tenga la naturaleza de la responsabilidad civil. En su sentir no se trata de una indemnización en sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo (desde luego) que constituye su supuesto de hecho viene a estar caracterizado por la merma de expectativas de todo lo que pertenecía al propio estatuto del matrimonio y desaparecen como consecuencia del divorcio. Se trata entonces de indemnizar a quien más pierde con el divorcio<sup>39</sup>. Además, en otro apartado enseña que se trata

---

mala fe del cónyuge deudor. Aclarando que el segundo párrafo del artículo 345º-A, presenta un carácter indemnizatorio atenuando y ello por que equivale al menoscabo patrimonial evaluado a favor de uno de los cónyuges (el más perjudicado) en razón de haber dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a las labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener.

<sup>38</sup> En la doctrina española Campuzano Tomé afirma que: “tal derecho nace y es una consecuencia directa de la separación u divorcio” y agrega que: “hay que distinguir entre presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitar la pensión, dentro de los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la misma, incluyéndose aquí el fundamental desequilibrio económico; es en éste donde la relación matrimonial adquiere una importancia decisiva”. CAMPUZANO TOME, Herminia, Ob. cit. Pág. 26.

<sup>39</sup> ROCA TRIAS, Encarna, Familia y Cambio Social [De la “casa” a la persona] Madrid, 1999, Págs. 146 y 147.

de perjuicios objetivos porque sólo se tiene en cuenta el equilibrio entre los patrimonios de los ex esposos y no la participación de cada uno de ellos en las causas de la ruptura<sup>40</sup>.

Siguiendo esta posición doctrinal, que atribuye naturaleza jurídica de responsabilidad civil, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha manifestado:

“Por lo tanto, teniendo en consideración dichas conclusiones y coincidiendo con lo expuesto por Julio César Rivera citado por Manuel Muro Rojo y Alfonso Rebaza González, se debe tener en cuenta los siguientes aspectos: 1. Los cónyuges tienen derecho a la indemnización de los daños materiales y morales, en la medida en que guarden relación de causalidad con los eventos que dieron origen a la separación. 2. Asimismo la indemnización se otorga como resultado de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido alguno de los cónyuges. En ese sentido, no procede la indemnización en los supuestos en que la separación se hubiese producido de mutuo acuerdo, o cuando aquella tenga su origen en el hecho de un tercero (el mandato del juez por ejemplo). (...) (Julio César, Rivera, citado por Manuel Muro Rojo y Alfonso Rebaza González, Código Civil Comentado, tomo II, Primera parte, Derecho de Familia. Edición Gaceta Jurídica, dos mil tres, página quinientos setentiocho)”<sup>41</sup> (subrayado nuestro).

Sin embargo, debemos dejar sentado, contrariamente a la mayoría de las posiciones doctrinales y al disimulado silencio, sobre el tema en estudio, que la indemnización no responde a la estructura y criterios propios de la responsabilidad civil; esencialmente por los siguientes argumentos:

No concurre el elemento esencial del daño, que sobreentiende la antijuricidad o la imputación causal a la conducta de otro. Consecuentemente, no es correcto decir que el cónyuge más débil ha sido víctima de un daño. No puede afirmarse que el autor de ese menoscabo sea el cónyuge deudor. La ley impone la obligación de indemnizar porque el divorcio ocasiona un perjuicio que tiene su causa última en cómo se desarrolló la vida matrimonial, sin importar por qué el cónyuge acreedor optó por dedicarse a la familia, renunciando a su desarrollo profesional o laboral. Llevándose las cosas a un

<sup>40</sup> ROCA TRIAS, Encarna. El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad. En: DIEZ - PICAZO, Luis (a curia), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno - filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*. División interdisciplinario de la familia, Pamplona 1987, Pág. 227.

<sup>41</sup> CASACIÓN N° 2497.2003- Cajamarca. Publicada en Diario Oficial El Peruano con fecha 3 de mayo de 2005.

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?

extremo podría afirmarse que fue el mismo cónyuge beneficiario el que se auto infirió el menoscabo al optar por dedicarse a la familia.

Además, la indemnización analizada, procede al margen de la culpa del cónyuge deudor y de cualquiera otra valoración de su conducta, pudiendo perfectamente ser el cónyuge menos perjudicado su deudor y el más perjudicado su acreedor, o finalmente su acreedor quien haya solicitado el divorcio unilateralmente. La culpa o mala fe no inciden en la imposición de la obligación, sino en su titularidad. Interesa la culpa o mala fe del conyugue beneficiario, no así del obligado o pagarla. La obligación de indemnizar se desenvuelve sobre la base de criterios estrictamente objetivos<sup>42</sup>.

Entonces, luego de desestimar las posiciones jurídicas antes analizadas, nos preguntamos: ¿cuál es su verdadera naturaleza jurídica? A continuación intentaremos dilucidar dicha interrogante, la que considero más válida y coherente.

#### **4. OBLIGACIÓN LEGAL DE INDEMNIZAR LA INESTABILIDAD ECONÓMICA DEL CÓNYUGE PERJUDICADO**

##### **4.1. No constituye una forma responsabilidad civil**

La indemnización por separación de hecho, tratada en el derecho peruano, es definitivamente una obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica que, de acuerdo a 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.

En esta misma posición, el jurista español Aparicio Auñón<sup>43</sup> refiriéndose a la compensación económica, señala lo siguiente:

“...en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta directamente por la Ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte

<sup>42</sup> Resulta necesario precisar que no es suficiente para excluir la idea de la responsabilidad civil el que la ley no considere la culpa del deudor, porque hay otros factores de imputación, que tampoco integran el supuesto típico de la compensación. No es extraño que el derecho de daños abandone el criterio de la culpa y atribuya responsabilidad apoyándose en otros criterios, como el riesgo o la posibilidad de controlarlo en determinadas circunstancias.

<sup>43</sup> APARICIO AUÑÓN, Eusebio. La Pensión Compensatoria. En: *Revista de Derecho de Familia*, Número 5, Octubre, 1999, Pág. 40.

una desigualdad económica peyorativa producida en forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria”

Por consiguiente, de ninguna manera existiría una responsabilidad civil; simplemente, es la ley que reacciona ante el perjuicio económico y protege al cónyuge que lo experimenta. Y el legislador peruano lo hizo inclinándose por poner a cargo del otro cónyuge la obligación de indemnizar al más débil, pudiendo haber optado por otra solución, como la subsistencia del deber de socorro o trasladando el costo de la indemnización al Estado, mediante el establecimiento de un sistema de seguridad social. En fin, varias pudieron ser las alternativas.

El título que justifica la imposición de la obligación de indemnización al cónyuge menos perjudicado es la propia ley. La indemnización no subsana el menoscabo, sino que la corrige; y de esa forma se previene el empeoramiento del cónyuge más débil. De este modo, las palabras claves relacionadas con la función de la indemnización son las siguientes: corregir y prevenir ¿Y como lo logra? Proporcionando al cónyuge más perjudicado una base cierta para que encare su vida futura separada en unas condiciones similares a las que gozaba durante el matrimonio. No se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino más bien una vida separada autónoma económicamente.

Con singular comentario, pero en el mismo sentir el jurista Aparicio Auñón, manifiesta:

**“...la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas.** En cierta forma la labor compensadora de la ley viene a ser como una lotería al revés; que ‘se da entre personas obligadas a correr la misma suerte’ y que ‘se impone por razón de equidad y su cuantía depende de circunstancias personales de acreedor y deudor’. **El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar rentas o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales**”<sup>44</sup> (negrita nuestra).

En esta misma línea de ideas, encontramos al Jurista Nacional Doctor Leysser León<sup>45</sup>, que desde una posición independiente e innovadora, ha advertido audazmente la incorrección de la tendencia doctrinal nacional, afirmando:

<sup>44</sup> Idem, Pág. 41.

<sup>45</sup> LEYSSER L. León. *En ¡30,000 Dólares por Daños Morales en un Divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos.* Dialogo con la Jurisprudencia. 117 Tomos, Mayo, 2007. Página Web: [www.diálogoconlaJurisprudencia.com](http://www.diálogoconlaJurisprudencia.com).

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?

“A rigor de términos, esta norma (artículo 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 ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados” –subrayado nuestro.

Además, sobre su esencial naturaleza jurídica obligacional agrega:

“A lo sumo, como se estipula en el artículo citado, lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Como es claro, esta alternativa remedial que se deja a criterio del magistrado, entre satisfacción en dinero y adjudicación de bienes resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica”<sup>46</sup> (subrayado nuestro).

#### 4.2. Algunos comentarios sobre la denominada “indemnización por sacrificio”

La indemnización examinada, así concebida, se asimila a aquellos casos en los que la ley obliga a una persona al pago de una indemnización que no constituye manifestación de una responsabilidad y ello es así porque no concurren sus elementos que lo caracterizan.

La Ley impone la obligación de realizar una prestación dineraria a la que llama “indemnización” y el fundamento jurídico de esa imposición es, o una desigual distribución de cargas, o una situación de sacrificio especial, o simplemente una situación de enriquecimiento a expensas de otro.

En la doctrina española el reconocido jurista Diez Picazo es quien denomina a estas prestaciones como indemnizaciones por sacrificio y al referirse a ellas afirma que el hecho de que la responsabilidad extracontractual cumple una función de indemnizar un daño, obliga a separar las compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de una pérdida, ablación o limitación forzada de derechos subjetivos; como recompensa parcial del sacrificio que se exige a sus titulares. Agrega que en las leyes y en la práctica jurídica se las denomina a estas compensaciones a veces indemnizaciones, sin que exista inconveniente en admitir un uso amplio equívoco de la palabra;

<sup>46</sup> Ídem. [www.dialogoconlajurisprudencia.com](http://www.dialogoconlajurisprudencia.com)

siempre que se tenga bien claro que las indemnizaciones por sacrificio son netamente distintas de las genuinas indemnizaciones de daños<sup>47</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

- a) La indemnización por perjuicio del cónyuge, prevista en el artículo 345°-A del Código Civil Peruano, no obstante a lo que especula una parte de la doctrina nacional, no es un tipo de responsabilidad civil, sino tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata específicamente de una obligación legal indemnizatoria impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, la “inestabilidad” o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho y así evitar el empeoramiento de cónyuge más perjudicado.
- b) El perjuicio económico de uno de los cónyuges, no se traduce en un daño derivado de la responsabilidad civil; sino en una inestabilidad económica entre los dos cónyuges que impide que ambos rehagan su vida separada en un plano de igualdad; es decir se comienza su vida separada un paso más atrás.
- c) En la plano de la praxis judicial, resulta de vital importancia que el Juzgador fije correctamente una posición, en cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada por separación de hecho (como una obligación indemnizatoria); prescindiendo toda aquella tendencia jurídica que no encuentra un adecuado respaldo legal y principalmente real, pues de ello depende el éxito de sus pronunciamientos jurisdiccionales o el demérito social (legitimación externa).
- d) Finalmente, consideramos que el desarrollo normativo de la indemnización derivado de la separación de hecho, adolece de varias imprecisiones en los aspectos tanto sustanciales como procesales que podrían traducirse en un falso concepto de la misma, entendiéndola más que como un mecanismo destinado a evitar inequidades patrimoniales manifiestas entre los cónyuges, como una sanción aplicada sin límite temporal y asociada a la culpabilidad de uno de ellos; de tal manera que queda aún una larga tarea doctrinal y jurisprudencia a fin de poder afinar coherentemente el estudiado instituto.

---

<sup>47</sup> DIEZ PICAZO, Luis, *Ob. cit.*, Págs. 56 y 57.

# LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

FRANCISCO CARREÓN ROMERO\*

## RESUMEN:

Los procesos de divorcio por separación de hecho constituyen la opción más utilizada y si bien en este caso, mayoritariamente, la jurisprudencia ha establecido que la indemnización debe ser fijada de oficio, no obstante ésta resulta ineficaz, atentándose contra el principio de congruencia procesal; asimismo, el juzgador no debe fundar su decisión en mérito exclusivo a la prudencia judicial sino que debe existir una debida motivación. Del mismo modo, al establecer la jurisprudencia los daños indemnizables por divorcio, el autor argumenta: en cuanto al daño moral, que en este caso la parte está obligada a probar su existencia; en relación al daño a la persona, que la misma debe ser presente; en torno al daño al proyecto de vida, que no puede existir mientras se respete la libertad de los cónyuges; y, en relación al daño por dependencia económica, que no debe aplicarse si el cónyuge tiene las condiciones necesarias para solventar sus necesidades. Finalmente, considera que los daños producidos son de carácter obligacional por lo que prescriben a los diez años computados desde la fecha en que se produjeron.

**Palabras clave:** Divorcio – Separación de hecho – Daño – Jurisprudencia.

## SUMARIO:

1. Introducción. 2. Marco legal. 3. Delimitación de la materia de investigación. 4. Determinación del objeto del problema. 5. ¿La indemnización puede ser fijada de oficio? 6. ¿Los daños por divorcio prescriben? 7. ¿Existe una debida motivación en la valoración del daño por divorcio? 8. ¿Cuáles son los daños que se están reparando? 9. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

En mi labor como Magistrado de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, he percibido barreras jurídicas que dificultan la procedencia, valoración económica y el tipo de daños que se originan en un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, lo que me motivó a realizar la investigación, que hoy presento al concurso convocado por la Comisión de Capacitación del Área de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales.

---

\* Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

En este sentido, la presente investigación busca analizar los problemas surgidos en la indemnización del daño por divorcio basado en la causal de separación de hecho; no obstante, este análisis se efectuará desde la perspectiva dinámica del Derecho, razón por lo cual, la orientación metodológica está centrada en el estudio pedagógico y crítico de la jurisprudencia nacional.

Los objetivos del presente artículo de investigación son: a) Demostrar que la mayor parte de los litigantes optan por demandar el divorcio basado en la causal de separación de hecho, antes que acudir al divorcio basado en las otras causales; b) Explicar el porqué el pronunciamiento judicial de oficio, sobre la existencia de responsabilidad civil, constituye una afectación al principio de congruencia y al derecho de defensa de las partes; c) Aclarar el régimen de prescripción que resulta aplicable a la responsabilidad civil ocasionada por el divorcio basado en la causal de separación de hecho; d) Revelar la inexistencia de criterios judiciales al momento de establecer el monto indemnizatorio; y mostrar la motivación aparente surgida en la aplicación del seudo criterio denominado “prudencia judicial”; e) Establecer la necesidad de fijar criterios para valorar el daño moral, el daño personal y el daño a la dependencia económica del cónyuge, descartando el daño al proyecto de vida en los procesos de divorcio.

## 2. MARCO LEGAL

El Código Civil de 1852 no contempló el supuesto de la indemnización del daño por el incumplimiento de los deberes conyugales. Estableció que el divorcio ponía término a los deberes conyugales del lecho y habitación y a la sociedad legal de bienes; dejando subsistente el vínculo matrimonial, que impedía que los separados contrajeran nuevas nupcias<sup>1</sup>. En esa época se entendió al divorcio como el remedio de un mal<sup>2</sup>.

El Código Civil de 1936 reconoció el divorcio absoluto<sup>3</sup> y la posibilidad de contraer nuevas nupcias; también reconoció la causal de separación de cuerpos (divorcio relativo) por mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio<sup>4</sup> y ulterior divorcio absoluto al año de declarada

<sup>1</sup> Artículo 208º: “El divorcio formalmente declarado pone término a los deberes conyugales, en cuanto al lecho y habitación, y disuelve, en cuanto a los bienes, la sociedad legal”.

<sup>2</sup> GARCÍA CALDERÓN, Francisco, “Diccionario de la Legislación Peruana”, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Edición en facsímil de la Segunda Edición de 1879, Lima, Perú, 2003, p. 780.

<sup>3</sup> Artículo 253º: “El divorcio declarado disuelve el vínculo del matrimonio”.

<sup>4</sup> Artículo 270º: “La separación puede pedirse: [...] 2. Por mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.

judicialmente la separación de cuerpos<sup>5</sup>, introduciéndose la reparación del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales en agravio del cónyuge inocente<sup>6</sup>; castigándose al cónyuge culpable<sup>7</sup> con la declaración de divorcio e indemnización civil.

Sin embargo, no se mencionó la posibilidad de reparación del daño material, que podría ocurrir sobretodo en los casos de sevicia, atentado contra la vida, abandono malicioso del hogar, uso de estupefacientes, enfermedad venérea grave y condena privativa de la libertad<sup>8</sup>.

El Código Civil de 1984, no trajo ninguna innovación y reprodujo de manera exacta lo establecido en el régimen anterior, tanto en las causales de divorcio como en lo referido a la responsabilidad por daño moral ocasionado al cónyuge inocente<sup>9</sup>.

La dificultad de la probanza de la causa ajena para demandar el divorcio, produjo que muchas parejas se separaran y convivieran informalmente con su nueva pareja<sup>10</sup>.

Principalmente por ésta razón, la Ley N.º 27495, incorporó como supuesto del divorcio el hecho de la separación, como remedio a la situación antes referida. Este nuevo modelo de divorcio-remedio se basa en el incumplimiento del deber conyugal de hacer vida en común y la ruptura de la comunidad matrimonial por la separación existente entre los cónyuges por más de dos años (si no tienen hijos menores de edad) o cuatro años (si tienen hijos menores de edad). Asimismo, de manera innovadora se introdujo la indemnización integral del daño conyugal, estableciéndose que al cónyuge que resulte perjudicado con la separación, se le concederá una indemnización a su favor; no sólo por los daños morales, sino que comprende todo tipo de daño, incluso los daños personales y materiales<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 276º: "Transcurrido un año de la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio".

<sup>6</sup> Artículo 264º: "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente, el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación del daño moral".

<sup>7</sup> BARBERO, Omar, Citado por CABELLO, Carmen Julia, "Divorcio en el Perú", Fondo Editorial de la PUCP, Lima, Perú, 1996, pp. 21, 309.

<sup>8</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, "Derecho Familiar Peruano", PUCP, Lima, Perú, 1982, p. 306.

<sup>9</sup> CARREÓN ROMERO, Francisco. "La Separación de Hecho. Disolución del Vínculo Matrimonial", Universidad Católica Santa María, Escuela de Post Grado, Arequipa, Perú, 2007, p. 7.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>11</sup> 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

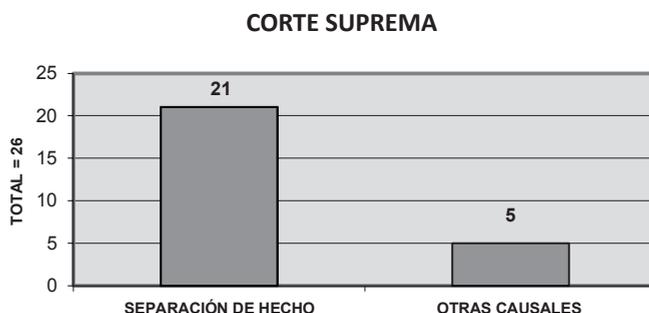
Con esta modificatoria, existen dos sistemas de divorcio en nuestro Código Civil, uno subjetivo, basado en la búsqueda de un cónyuge culpable de la ruptura, a quien se le cargará la responsabilidad civil por el daño moral; y, otro objetivo, en el que la investigación está destinada a acreditar la ruptura del vínculo matrimonial y la responsabilidad civil por todos los daños causados<sup>12</sup>.

### 3. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA DE INVESTIGACIÓN

#### 3.1. El universo de sentencias analizadas

La investigación ha tenido como universo: a) Las sentencias casatorias emitidas durante los años 2005 y 2006; haciéndose presente, que en lo que respecta a este tipo de sentencias, sólo se elaborarán cuadros estadísticos en aquellos aspectos relacionados exclusivamente a la aplicación del derecho; b) Las sentencias de vista emitidas en la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa durante el año 2006; despacho en el que participé; y, c) Las sentencias emitidas por el Segundo Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, durante los años 2005 y 2006, por ser el órgano de primera instancia, con mayor carga histórica en ésta materia.

#### 3.2. La selección del universo por la causal de separación de hecho

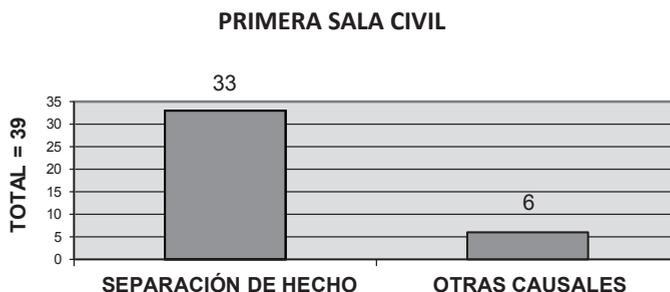


ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

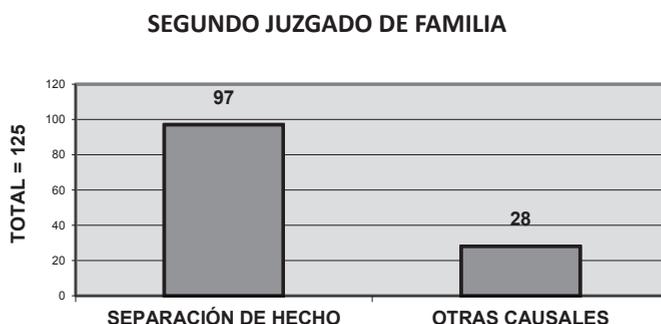
Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.

<sup>12</sup> PLÁCIDO V., Alex, "Divorcio", Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Octubre, 2001, p. 15.

Se han encontrado veintiséis sentencias casatorias sobre procesos de divorcio, de las cuales, veintiuno están sustentados en la causal de separación de hecho y tan solo cinco están sustentadas en las demás causales, lo que demuestra la relevancia de éstos procesos para la investigación.



En la Primera Sala Civil, durante el año 2006, se han emitido treinta y nueve sentencias de vista relativas a procesos de divorcio, de las cuales treinta y tres corresponden al divorcio por separación de hecho y tan solo seis, al divorcio por otras causales, lo que corrobora la realidad encontrada en las sentencias casatorias.

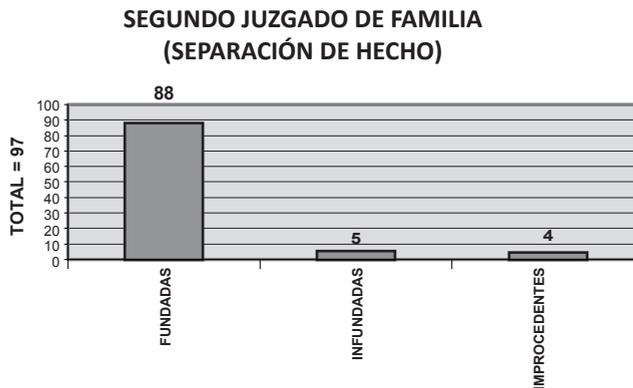


En lo que respecta al Segundo Juzgado de Familia las sentencias de divorcio emitidas por la causal de separación de hecho son noventa y siete y las sentencias de divorcio emitidas por otras causales son tan sólo veintiocho, lo que, en conjunto, demuestra que “cuantitativamente” es más enriquecedor estudiar el régimen legal del divorcio por la causal de separación de hecho, al existir una muestra más amplia.

### 3.3. La selección del universo por su resultado



Las sentencias fundadas por la causal de separación de hecho y que fueron confirmadas por la Primera Sala Civil ascienden a treinta y tan solo tres fueron desaprobadas o anuladas.



Son ochenta y ocho sentencias sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en las que ha existido pronunciamiento estimatorio, lo que nos permite alcanzar un mejor análisis sobre los fundamentos que se han tenido en consideración al momento de determinar la responsabilidad civil de uno de los cónyuges.

Conclusión: El universo de la investigación consiste en revisar aquellas sentencias de divorcio por la causal de separación de hecho emitidas por la Corte Suprema durante los años 2005 y 2006; sentencias emitidas por la Primera Sala Civil de la Corte de Justicia de Arequipa durante el año 2006 y las sentencias emitidas por el Segundo Juzgado de Familia durante los años 2005 y 2006.

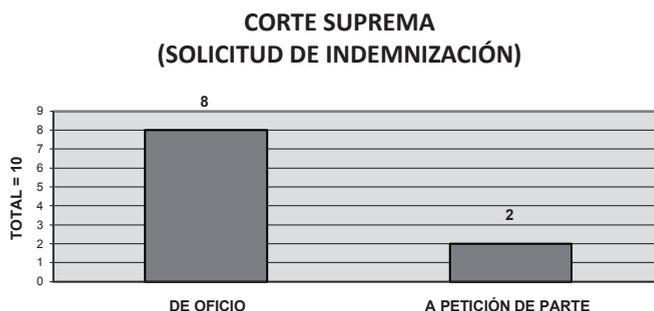
#### 4. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROBLEMA

De los cuadros analizados en el punto anterior, hemos podido constatar que la mayoría de los justiciables han preferido demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y que en casi un 85% de estos procesos han terminado con una sentencia favorable, por lo que nuestra investigación se centrará en encontrar los problemas que presenta la pretensión indemnizatoria en cuanto a su procedencia, valoración del daño y las clases de daños reparables por el divorcio basado en la causal de separación de hecho.

#### 5. ¿LA INDEMNIZACIÓN PUEDE SER FIJADA DE OFICIO?

##### 5.1. Resultados de la investigación

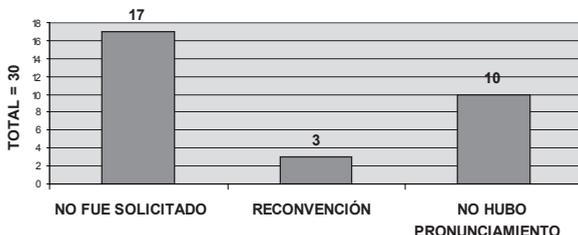
De las sentencias casatorias seleccionadas por divorcio basado en la causal de separación de hecho hemos encontrado que diez sentencias hacen referencia expresa a la indemnización por el daño ocasionado, obteniendo los siguientes resultados:



La mayor parte de sentencias casatorias establecen que la indemnización debe ser fijada de oficio, en base a que existe una obligación legal de que los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado, al que de existir se le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada; y tan solo dos sentencias consideran que la indemnización debe ser solicitada por las partes vía reconvencción.

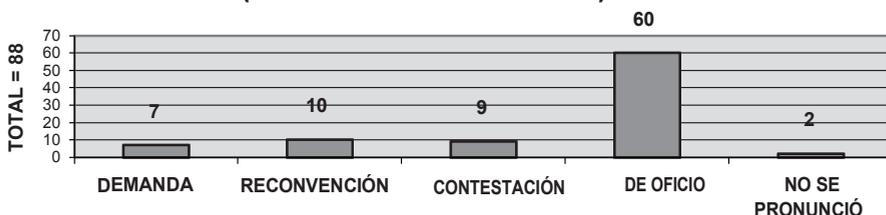
En la Primera Sala acogimos el criterio de minoría, por cuanto consideramos que establecer una indemnización de oficio conllevaría una afectación al principio de congruencia y derecho de defensa y derecho probatorio.

**PRIMERA SALA CIVIL**



Confirmando lo dicho anteriormente, tenemos que en diecisiete sentencias hemos establecido que al no haber sido solicitada la indemnización, ya sea en la demanda o en la reconvencción, no puede existir pronunciamiento, destacando la Causa N° 2005-6551 en la que se declaró nula e insubsistente la parte de la sentencia de primera instancia en la que fijó indemnización, debido a que ninguna de las partes lo solicitó. Asimismo, hubo pronunciamiento en tres sentencias en las que se solicitó indemnización vía reconvencción y en diez sentencias no hubo pronunciamiento debido a que el Juez de Primera Instancia tampoco se pronunció sobre este extremo.

**SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA (SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN)**



Si bien el cuadro muestra que el Segundo Juzgado de Familia, como reflejo de la jurisprudencia casatoria, en la mayor parte de sus sentencias se pronuncia de oficio sobre la indemnización ocasionada por el divorcio; sin embargo, existen los datos siguientes: a) De todas las demandas de divorcio por separación de hecho, en las que se ha acumulado la pretensión accesoria de indemnización, ninguna ha sido amparada por el juzgador, asimismo, en las reconvencciones planteadas a fin de obtener una indemnización por los daños ocasionados, sólo dos han sido amparadas; lo que demuestra que los interesados no cuentan con los medios probatorios suficientes como para acreditar la responsabilidad civil conyugal; b) Otro dato interesante es el hecho de que de las sesenta sentencias en que ha existido un pronunciamiento de oficio sobre la indemnización, en

cuarenta y cinco de ellas, el juzgador ha utilizado las fórmulas: “Respecto a la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil, este despacho considera que no se ha probado que alguno de los cónyuges haya ocasionado daño al otro, por lo que no corresponde fijarse”, o, “Ninguna de las partes ha aportado elemento probatorio que conlleve a determinar la responsabilidad en la separación de hecho y la consecuente afectación del otro cónyuge, de allí que resulta inaplicable la norma acotada respecto a la indemnización”; es decir, declara no haber lugar a fijar una indemnización por el hecho de que las partes (los interesados) no han aportado medios probatorios que acrediten el daño y el cónyuge responsable, lo que demuestra que si bien se cumple el pronunciamiento de oficio este resulta ineficaz, por cuanto, en la mayoría no se concede indemnización, porque no existe postulación de los hechos dañosos, ni ofrecimiento de medios que los prueben; tampoco no hay fijación de hechos controvertidos y menos admisión y actuación de medios probatorios. Entonces, ¿Cómo el juzgador de oficio puede conceder indemnización, sin afectar el principio de congruencia y los derechos de defensa y de prueba?

## 5.2. La afectación al principio de congruencia procesal

La responsabilidad específica por la causal de separación regulada en la norma del artículo 345-A<sup>13</sup> establece que el juez “deberá” señalar una indemnización por daños, imprecisión legal que ha sido el origen de la confusión jurisprudencial, ya que se ha tomado el término “deberá” como si el legislador hubiera querido establecer la obligación legal del juzgador de pronunciarse sobre la indemnización por los daños causados por el divorcio y que no han sido alegados por las partes; sin embargo, consideramos que además de las objeciones que la realidad presenta a esta interpretación y que han sido expuestas en el punto anterior, existen otras objeciones de carácter jurídico, como la afectación al principio de congruencia procesal.

En este sentido, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil<sup>14</sup>, establece que el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte; y el artículo VII del Título Preliminar del Código citado<sup>15</sup>, que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Estos artículos, contienen lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como el principio de congruencia.

<sup>13</sup> Artículo 345-A, Ob. Cit.

<sup>14</sup> Artículo IV: “El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar [...]”.

<sup>15</sup> Artículo VII: “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

En virtud del principio de congruencia procesal, el juez debe dictar sus resoluciones de acuerdo con el sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes y a los hechos alegados en la etapa postulatoria, toda vez que la infracción a este principio determina la emisión de una sentencia incongruente, como: i) la sentencia *ultra petita*, cuando se resuelve más allá del petitorio o los hechos; ii) la sentencia *extra petita*, cuando el juez se pronuncia sobre el petitorio o los hechos no alegados; iii) la sentencia *citra petita* en el caso que se omite total pronunciamiento sobre las pretensiones (postulatorias o impugnatorias); iv) la sentencia *infra petita*, cuando el juzgador no se pronuncia sobre todos los petitorios o todos los hechos relevantes del litigio; omisiones y defectos que infringen el debido proceso<sup>16</sup>.

Resulta entonces imprescindible sostener que la norma del artículo 345-A del Código Civil es de carácter procesal, y debe ser interpretada a la luz de los principios del Código Procesal Civil. En este sentido, si el Título Preliminar prescribe que todo proceso es a iniciativa de parte y sólo el juez debe resolver lo que se le ha pedido fundándose en los hechos alegados por las partes; debemos concluir que la pretensión indemnizatoria debe ser siempre materia de una pretensión ya sea a través de la demanda o de una reconvención; no pudiendo el juez decidir sobre la indemnización si ello no ha sido peticionado, en conformidad con el principio de congruencia procesal, de que el fallo debe corresponder siempre al petitorio; ya que sostener lo contrario, originaría que estemos ante la presencia de sentencias *ultra petita*, en las que el juzgador se pronunciaría sobre un pedido no alegado (el pago de una indemnización), y en base a hechos tampoco alegados (la existencia de un daño) y menos probados; como ha sido verificado en la investigación.

### 5.3. Afectación del derecho de defensa

El inciso 14 del artículo 139° de nuestra Constitución<sup>17</sup>, contiene el derecho fundamental a la defensa, el cual se proyecta, entre otros, como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés, así como la facultad que tiene toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, lo cual implica, entre otras

<sup>16</sup> Casación N.º 440-05-PIURA, publicada en la Separata Especial de Sentencias en Casación del Diario Oficial El Peruano, con fecha 31 de julio del 2006, p. 16610.

<sup>17</sup> Artículo 139.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 14.- El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

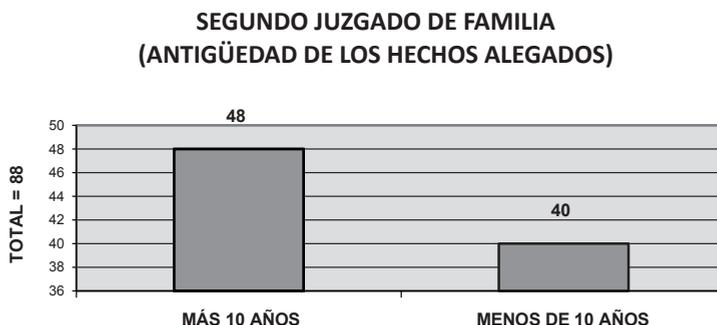
cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra<sup>18</sup>.

Por lo que si el juzgador se pronuncia de oficio sobre la existencia de responsabilidad civil, ello conllevaría una evidente violación del derecho de defensa de las partes, ya que, durante el proceso, no habría la posibilidad de contradecir los medios probatorios utilizados por el juzgador al momento de señalar la indemnización; porque las partes solo conocerían estos medios probatorios, al momento de emitirse la sentencia, lo que constituye una afectación al derecho de defensa.

## 6. ¿LOS DAÑOS POR DIVORCIO PRESCRIBEN?

### 6.1. Los resultados encontrados

En ninguna de las sentencias revisadas se ha deducido como excepción la prescripción extintiva de la pretensión de indemnización por daños a consecuencia de la separación de hecho; porque en la mayoría de ellas, no ha llegado a configurarse una pretensión, al haberse emitido pronunciamiento de oficio. Sin embargo, hemos encontrado los siguientes resultados:



Como vemos, son cuarenta y ocho sentencias que se han pronunciado sobre daños que se han originado en más de diez años, por lo que nos cabe preguntarnos si no se estarán indemnizando o emitiendo pronunciamientos de oficio, sobre daños ya prescritos.

<sup>18</sup> VERAU MONTENEGRO, Ricardo Antonio. "Visión Actual del Derecho de Defensa y el Debido Proceso". En: <http://www.cal.org.pe/Archivos/VISIONACTUAL.doc> (consultada por última vez el 28 de septiembre del 2008).

## 6.2. La necesidad de que los derechos prescriban

El Derecho ha considerado necesario establecer los plazos dentro de los cuales se debe ejercitar los derechos, y otros plazos en los que la inactividad del titular determina su privación o desprotección de aquello que jurídicamente le corresponde. La razón de ello ha sido la de crear seguridad jurídica en el todo social en referencia a quien es el titular efectivo de los derechos, y también garantizar a quien tiene un deber o una deuda, que no pesará indefinidamente sobre él y sus herederos. La sola posibilidad de que sea algo eternamente exigible plantearía al Derecho gravísimos problemas y, probablemente, haría imposible no sólo la vida social sino también la administración de justicia<sup>19</sup>.

El fundamento de la prescripción es de orden público, pues conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su solución. La prescripción se sustenta, por tanto, en la seguridad jurídica, y, por ello, ha devenido en una de las instituciones más necesarias para el orden social. Atendiendo a esta idea de orden público que fundamenta el tratamiento legislativo de la prescripción, el concepto contenido en el artículo 1989<sup>o</sup> (referirlo en pie de página) se sustenta en la misma consideración, así como, en general, toda la normativa de la materia y ello explica que el legisladores haya reservado la potestad de fijar los plazos prescriptorios y haya dado el carácter de irrenunciable al derecho de prescribir<sup>20</sup>.

## 6.3. El plazo de prescripción en el daño por divorcio

Si bien somos de la idea que no existe una diferencia sustancial entre la responsabilidad extracontractual y la mal llamada responsabilidad contractual y partidarios de la moderna doctrina de la unificación de ambos regímenes por el principio de la “reparación integral del daño”<sup>21</sup>, el ordenamiento civil nacional, ha regulado dos sistemas normativos de la responsabilidad civil. Uno es el “obligacional”<sup>22</sup>, conocido tradicionalmente como “contractual”, regulado en el Título IX de la Sección Segunda, del Libro VI del Código Civil, sobre “inejecución de obligaciones”; y el otro es el “no obligacional”, denominado legislativamente como el de “responsabilidad extracontractual”,

<sup>19</sup> RUBIO CORREA, Marcial, “Prescripción, Caducidad y Otros Conceptos en el Nuevo Código Civil”, Fundación M.J. Bustamante De La Puente, Lima, Perú, 1987, p. 14.

<sup>20</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano”, Cultural Cuzco S. A., Lima, Perú, 1985, pp. 101 - 102.

<sup>21</sup> CARREÓN ROMERO, José Francisco. “Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Hacia la Unificación del Sistema”, En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho - UNSA, Nueva era, N.º 9, Arequipa, Perú, Noviembre, 2007, p. 121.

<sup>22</sup> Casación N.º 499-04-LIMA, publicada en la Separata Especial de Sentencias en Casación, del Diario Oficial El Peruano, con fecha 04 de enero del 2006, p. 15280.

contenido en la Sección Sexta del Libro VII del mismo cuerpo legal, resultando relevante establecer: ¿Qué sistema normativo es aplicable al daño originado por el divorcio?

En la doctrina en forma unánime, se considera que la responsabilidad obligacional existe cuando el obligado causa daño al infringir o incumplir una obligación anteriormente determinada por la ley o el contrato; y es extracontractual, cuando esa obligación previa no existe sino el deber genérico de no causar daño a nadie<sup>23</sup>.

Dentro de ese contexto, el daño que uno de los cónyuges causa al otro por el incumplimiento de sus deberes conyugales; es especial, el de hacer vida en común; cuyo origen es la ley o el estatuto matrimonial previsto en el Código Civil; es de carácter obligacional; siendo aplicable el régimen normativo de la inejecución de las obligaciones.

#### **6.4. El plazo prescriptorio**

Si el daño ocasionado por el divorcio debe dilucidarse conforme a las normas de la Responsabilidad Obligatoria, el plazo de prescripción es de diez años (inciso 1 del artículo 2001<sup>o</sup>)<sup>24</sup>. Empero, surge la interrogante siguiente: ¿Desde cuando comienza a correr el plazo prescriptorio?

Para la jurisprudencia nacional el ejercicio de la acción comienza, por regla general, cuando se produce el daño, presumiéndose que el hecho es conocido por el titular de manera inmediata; pero, cuando no ocurre así, el término inicial de la prescripción de la acción es el momento en el que el interesado se enteró del perjuicio<sup>25</sup>.

Para tal efecto, se debe valorar la fecha en que se produjeron los hechos que ocasionaron dichos daños, ya que incluso la acción de responsabilidad civil puede ejercitarse independientemente de la acción de divorcio, por lo que si el actor no reclamó los daños dentro del plazo que tenía para hacerlo, no puede pretender que en un proceso de divorcio se hagan valer daños prescritos.

<sup>23</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para Leer el Código Civil", Volumen XVI, Cuarta Parte, Tomo XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2003, p. 810.

<sup>24</sup> RUBIO CORREA, Marcial. "Prescripción y Caducidad. La Extinción de Acciones y Derechos en el Código Civil", Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 1989, p. 176.

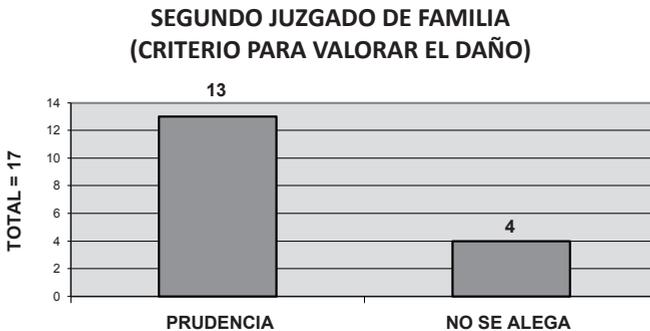
<sup>25</sup> Casación N.º 977-99-Lima, publicada en la Separata Especial de Sentencias en Casación, del Diario Oficial El Peruano, con fecha 01 de abril del 2002, p. 8656.

## 7. ¿EXISTE UNA DEBIDA MOTIVACIÓN EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO POR DIVORCIO?

### 7.1. Los resultados encontrados

Durante la investigación no hemos encontrado una sentencia casatoria en la cual se haga referencia directa a los criterios para evaluar el monto del daño; sin embargo, cabe destacar que tan sólo la Casación N° 2497-2003-Cajamarca<sup>26</sup> discute uno de los aspectos que podría incrementar el daño, como es la existencia del proyecto de vida, pero al haberse declarado infundado el recurso no hubo un mayor desarrollo sobre los criterios para valorar económicamente el daño. Asimismo, en la Primera Sala Civil, sólo hemos recepcionado una sentencia en la cual se fijó, conforme a la reconvencción solicitada, indemnización a favor de la cónyuge demandada; sin embargo, teniendo en consideración que este aspecto no fue materia de apelación, no pudimos pronunciarnos sobre los criterios utilizados para fijar dicho monto; no obstante, que en este proceso el criterio del juzgador de primera instancia para fijar la indemnización fue la prudencia judicial.

En lo que se refiere a las sentencias del Segundo Juzgado de Familia debemos anotar que de las ochenta y ocho sentencias encontradas sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en tan sólo diecisiete sentencias se ha concedido una indemnización por el daño ocasionado por el divorcio, oscilando los montos entre dos mil y cinco mil nuevos soles, encontrándose además que:



De las diecisiete sentencias en las que se ha concedido un monto indemnizatorio, en trece se alega como único criterio para valorar el daño

<sup>26</sup> Casación N.º 2497-2003-Cajamarca, publicada en la Separata Especial de Sentencias en Casación, del Diario Oficial El Peruano, con fecha 03 de mayo del 2005, p. 14039.

a la prudencia judicial, es decir, a la subjetividad del juzgador, ya que las partes, los terceros o el superior, nunca podrán detallar los criterios utilizados en la valoración del daño, porque la prudencia no puede ser medida objetivamente.

Más lamentable es el hecho de que existan cuatro sentencias en las que se ha fijado un monto por reparación del daño ocasionado por el divorcio y sin embargo no se ha mencionado ningún criterio (objetivo o subjetivo) para arribar al monto otorgado.

Ante esta realidad nos cuestionamos: ¿Existe una debida motivación en la valoración del daño por divorcio?

## **7.2. La motivación como parte del debido proceso**

El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, y esto es lo más resaltante, de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva, una de ellas, la emisión por los jueces de las decisiones judiciales basados en los hechos aportados al proceso y en la aplicación de las normas jurídicas respectivas (motivación)<sup>27</sup>.

La motivación es un derecho-deber de las decisiones judiciales que forma parte del debido proceso. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos jurisdiccionales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos<sup>28</sup>.

Además, este derecho ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico peruano, concretamente en el artículo 139<sup>o</sup> inciso 5 de nuestra Constitución Política<sup>29</sup>, que lo ha considerado como un derecho y principio de la función

<sup>27</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Volumen III, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, Perú, 2004, pp. 29-30.

<sup>28</sup> GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. "El Hecho y el Derecho en la Casación Civil". José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 447.

<sup>29</sup> Artículo 139<sup>o</sup>: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

jurisdiccional, así como en los artículos 121º y 122º inciso 3 del Código Procesal Civil Peruano<sup>30</sup>, que lo regulan como un deber de los jueces, así como un requisito de validez de las resoluciones judiciales.

### 7.3. Vicios en la motivación

Los vicios que se producen en la motivación son:

#### A. Falta de motivación

Este supuesto se refiere a aquellos casos en los cuales la motivación de la resolución está totalmente ausente<sup>31</sup>.

Como hemos podido apreciar del cuadro antes señalado, en cuatro sentencias no se alega ningún tipo de criterio para valorar el daño ocasionado por el divorcio, lo que evidentemente implica una ausencia de motivación que afecta el debido proceso y conlleva la nulidad de éstas sentencias.

#### B. Motivación defectuosa

La motivación defectuosa en sentido estricto, es la que desarrolla el principio de incongruencia procesal el cual tiene por función “delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional”<sup>32</sup>.

Entonces, cuando el juzgador de familia se pronuncia en las sesenta sentencias de oficio, sobre la responsabilidad civil originada por el divorcio, estaría contraviniendo el principio de congruencia procesal y con ello estas sentencias contendrían una motivación defectuosa, afectando al debido proceso.

---

<sup>30</sup> Artículo 121º: “[...] Mediante la Sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”.

Artículo 122º: “Contenido y suscripción de las resoluciones: [...] 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado”.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ, Raúl E, “Los Errores In Cognitando”, En: *La Naturaleza del Razonamiento Judicial*, Editorial Alveroni, Córdoba, 1993, pp. 115 y ss.

<sup>32</sup> OBANDO BLANCO, Víctor Roberto, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Editorial San Marcos, Lima, Perú, 1997, p. 143.

### C. Motivación aparente

En este caso, también se vulnera el principio lógico de razón suficiente, aun cuando de manera más sutil, toda vez que lo argumentado no es, ni puede ser, el sustento real de la decisión adoptada. Aquí la fundamentación, si bien existe, se estima que es insuficiente, es decir, el razonamiento del juez no alcanza a mostrar los pasos mentales que dio para llegar a su conclusión<sup>33</sup>.

En este sentido, cuando se declara fundada una pretensión indemnizatoria (trece sentencias) fijándose esta en virtud de lo dispuesto por el artículo 1332° del Código Civil<sup>34</sup> que establece que el juez puede fijar el monto indemnizatorio de acuerdo con su criterio de prudencia, la motivación es aparente. En primer lugar, es indispensable que la decisión judicial determine cómo obtuvo la suma ordenada, es decir cómo se valoraron los medios de prueba que sirvieron de sustento para su decisión; y en los casos revisados no hay nada de lo indicado. Más aún, en los casos en los que se invoca la prudencia, debe tenerse un cuidado particular, pues el juez debe determinar por qué para el caso concreto el monto ordenado es equitativo, por qué no corresponde otorgar una suma menor o por el contrario, una mayor. En efecto, aun la equidad debe ser susceptible de demostración o comprobación sobre la base de parámetros objetivos, caso contrario, podría perfectamente ocurrir que la invocación a la equidad se convierta en el disfraz perfecto de la arbitrariedad.

Ante estos hechos, resulta necesario que el juzgador no funde su decisión en mérito exclusivo a la prudencia judicial, ya que si tenemos la certeza de la existencia de un daño, debe haber un esfuerzo argumentativo y justificar la manera como lo está valorando, para que la decisión no sea arbitraria y las partes puedan ejercitar su derecho de defensa y de la doble instancia.

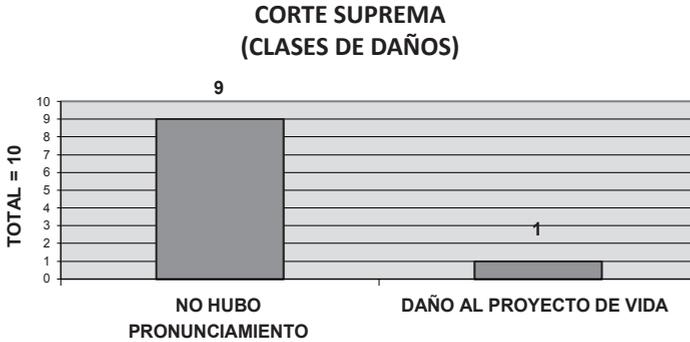
## 8. ¿CUÁLES SON LOS DAÑOS QUE SE ESTÁN REPARANDO?

### 8.1. Los resultados encontrados

En lo que respecta a las clases de daños que se reparan por la responsabilidad civil originada en los procesos de divorcio, hemos encontrado los siguientes resultados:

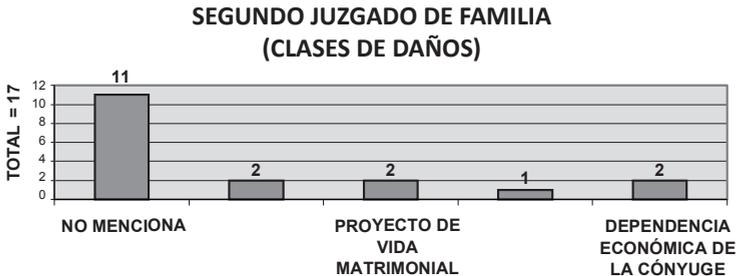
<sup>33</sup> GHIRARDI, Olsen A. "El Razonamiento Débil (Segunda Parte)", citado por CARRIÓN LUGO, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Volumen III, Editora Jurídica GRIJLEY, 2004, Lima, Perú, p. 242.

<sup>34</sup> Artículo 1332°: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".



Como vemos, en nueve sentencias, la Corte Suprema no emitió ningún pronunciamiento en lo referido al tipo de daños que deben ser indemnizados, debido a que en estos procesos se discutía la posibilidad o no de un pronunciamiento de oficio por parte del juzgador; sin embargo, en la Casación N° 2497-2003-Cajamarca<sup>35</sup> (a la que hemos hecho referencia anteriormente), la Corte Suprema rechaza la posibilidad de que para el caso concreto se le fije indemnización por la pérdida de su proyecto de vida al establecer que dicho daño corresponde a una pérdida del proyecto existencial y no a una simple posibilidad, no obstante, deja abierta la posibilidad que de acreditarse esta pérdida, puede repararse el daño al proyecto de vida en los casos de responsabilidad civil por divorcio.

En lo que respecta a la Primera Sala Civil, como ya lo mencionamos anteriormente, existe una sentencia en la que se concede indemnización y que fue confirmada por la Sala, no obstante, en dicha sentencia no se detalla el tipo de daño que se está reparando, haciéndose mención a que existe un perjuicio acreditado que debe ser indemnizado.



<sup>35</sup> Casación N.º 2497-2003-Cajamarca, publicada en la Separata Especial de Sentencias en Casación, del Diario Oficial El Peruano, con fecha 03 de mayo del 2005, p. 14039.

Como se desprende del cuadro, existen once sentencias en las que el Juzgador no ha mencionado la clase de daño que está reparando utilizando la fórmula “habiéndose acreditado el perjuicio este debe ser indemnizado”.

Si bien la mayoría de la doctrina argumenta que existen daños morales, personales o al proyecto de vida en la ruptura del vínculo matrimonial, resulta interesante que en dos sentencias se haya reparado el daño a la “dependencia económica de la víctima”, sentencias de las cuales destaca la recaída en el expediente N° 2003-0870, ya que en esta sentencia, si bien existía un proceso penal, anterior, en el que se condenó a la cónyuge por lesiones dolosas en contra del cónyuge demandante (lo que acreditaba que la responsable de la separación era precisamente la cónyuge demandada), el juzgador concedió una indemnización a favor de la demandada, argumentando que el demandante mantenía a la demandada y al separarse estos, la cónyuge demandada no cuenta con medios para solventar sus necesidades por cuenta propia, por lo que se le debe fijar una indemnización a su favor.

## 8.2. El daño moral se presenta ante el dolor o padecimiento sufrido

Hay un concepto estricto de daño moral que arranca de la vieja idea del *pretium doloris* y que se ha definido como dolor, sufrimiento, padecimiento injustamente ocasionado o dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto<sup>36</sup>; también puede ser definido como el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima del evento dañoso<sup>37</sup>.

Afirmamos que puede existir un daño moral ocasionado por la ruptura del vínculo matrimonial en agravio del cónyuge que no ha causado la separación, puede verse afligido por las circunstancias en que se dio la separación o por el sentimiento de soledad e impotencia; sin embargo, este daño debe ser debidamente acreditado, ya que no basta la alegación del mismo, por cuanto las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y a desaparecer, por el transcurso del tiempo. Así, el dolor que embarga a un sujeto por la muerte de un ser querido es muy intenso en un primer momento pero, poco a poco, se va atenuando hasta transformarse, muchas veces, en un sentimiento de orgullo cuando se le recuerda y se rememoran sus calidades humanas<sup>38</sup>. En este sentido, si las supuestas víctimas están

<sup>36</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Derecho de Daños”, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, p. 326.

<sup>37</sup> ZANNONI, Eduardo, “El Daño en la Responsabilidad Civil”, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 1982, Buenos Aires, Argentina, p. 234.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Hacia una Nueva Sistematización del Daño a la Persona”. Actualidad

separadas por cuatro, ocho, diez o treinta años, resulta evidente que la intensidad del daño moral ha disminuido o incluso ha desaparecido, por lo que la parte está obligada a probar la existencia del daño moral y el juzgador a justificar, motivar o argumentar el monto que se le asigna a la víctima en base a la magnitud del daño sufrido.

### **8.3. Solo se repara el daño grave a la persona**

El ser humano está compuesto por una entidad psíquica y física o también llamada somática, por tanto, el daño a la persona se configura en dos dimensiones: a) el daño psicológico consistente en la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica<sup>39</sup> y b) el daño somático, consistente en la disminución de la integridad física del sujeto, que transforma en patológica la misma fisiología de la integridad<sup>40</sup>.

Como vemos, ambos tipos de daños consisten en patologías que persisten a través del tiempo, es decir, no puede considerarse como daño a la persona una lesión que no tenga un lapso de duración, como por ejemplo, un golpe que no generó hematomas o alguna minusvalía en la víctima o un insulto que no generó algún desorden psíquico.

En el caso del divorcio, se debe tener presente que se reclama el daño a la persona basado en violencia física o psíquica, la cual, si ha generado alteraciones duraderas hasta la interposición de la demanda, debe ser acogida; sin embargo, si se estos daños han sido leves y con el transcurso del tiempo se han disipado sin dejar huella alguna, no deben ser objeto de indemnización, por cuanto, serían de imposible probanza en cuanto a su existencia y en cuanto a su monto.

### **8.4. El proyecto de vida matrimonial no es un supuesto de daño conyugal**

El proyecto de vida es posible sólo en tanto el ser humano es libre y temporal. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre tendente a realizarse en el futuro mediato o inmediato. Por ello sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin elegir ser lo que

---

Jurídica N.º 79 – B, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Junio, 2000, p. 17.

<sup>39</sup> MILMANIENE, José, “El Daño Psíquico. Los Nuevos Daños. Soluciones Modernas de Reparación”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, Abril, 2000, p. 64.

<sup>40</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Editorial Gaceta Jurídica, 2002, Lima, Perú, p. 186.

decide ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente los dos supuestos existenciales del proyecto de vida<sup>41</sup>.

El proyecto de vida es posible en cuanto el ser que lo gesta, como se ha dicho, es un ser libre y temporal, precisamente, por ser libre, la persona decide y elige, desde su propia perspectiva, situada en un espacio - tiempo histórico, entre las opciones que le ofrece la vida<sup>42</sup>. Por lo que las consecuencias del daño al proyecto de vida lograrán sobrellevarse de algún modo si el sujeto tiene otros valores (posibilidades), de parecida, igual o mayor importancia, cuya vivencia le otorguen su vida un nuevo sentido, que podría, de alguna manera, sustituir al que parecía haber perdido<sup>43</sup>.

Si el cónyuge inocente ha truncado su proyecto matrimonial, que no ha sido posible conservarlo por la conducta de ambos o de alguno de ellos; no podría en éste último supuesto, atribuirse al otro el deber de indemnizar los daños por la frustración de ése proyecto, porque la esencia del matrimonio es la unión libre de dos personas; por ende, dicho proyecto es susceptible de truncarse legítimamente, sin perjuicio de la indemnización de otro tipo de daños.

Asimismo, si el cónyuge “inocente” ha estado separado durante muchos años de su pareja y por decisión, personal y libre, ha decidido no iniciar otra relación, ¿Cómo se le puede haber dañado su proyecto de vida?

Como hemos mencionado, el proyecto de vida es en realidad el daño ocasionado a la libertad del sujeto, quien se ha diseñado un futuro en base a su libertad y que lo está poniendo en práctica antes de la ocurrencia del daño; en cambio, en el divorcio por separación de hecho, el cónyuge que no ha iniciado otra relación con tercera persona, es porque ha decidido libremente no iniciarla, pero ello no implica que se le haya dañado su proyecto de vida.

Mientras se respete la libertad de los cónyuges, el daño al proyecto de vida no puede existir, por lo que discrepamos con la jurisprudencia que acepta este tipo de daños en los procesos de divorcio.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Apuntes para una Distinción entre el Daño al Proyecto de Vida y el Daño Psíquico”, En: *Themis*, Segunda Época, N.º 22, Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, 1995, Lima, Perú, p. 161.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Daño al Proyecto de Vida en una Reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 5, N.º 12, Editorial Gaceta Jurídica, 1999, Lima, Perú, Setiembre, p. 41.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. p. 91.

## 8.5. El daño por dependencia económica

Con respecto a este tipo de daño, no hemos encontrado en la doctrina ninguna teoría que lo respalde, la que podría asimilarse en el lucro cesante, como ingresos que el cónyuge perjudicado dejaría de percibir; por lo que consideramos que es una innovación que la jurisprudencia ha incorporado, lo que nos parece interesante por el hecho de en este caso, la jurisprudencia está actuando como una fuente del derecho, al crear una clase de daños no contemplada ni en la legislación ni en la doctrina.

Este daño tiene su sustento en una realidad que si bien muchos países ya han superado, en el nuestro aún se mantiene, pero con una disminución notable, me refiero al hecho de que antiguamente el esposo era quien trabajaba y la esposa se quedaba en la casa atendiendo las labores del hogar, por lo que de existir un divorcio, la esposa no tenía como solventar sus necesidades por cuanto siempre dependió económicamente del marido.

No obstante, hay que tener cuidado al momento de aplicar este nuevo supuesto de daño, ya que se podría estar generando el abuso de un derecho, porque, como un caso análogo, tenemos la Casación N° 158-2002-Puno<sup>44</sup>, en la cual, la hija mayor de edad no trabajaba a pesar de que había estudiado una carrera universitaria, tenía tiempo libre y no tenía hijos, por lo que la Corte Suprema estableció que al existir las condiciones necesarias para conseguir trabajo, constituye un abuso del derecho el que solicite una pensión alimenticia; lo que trasladado a nuestro caso, si la cónyuge tiene las condiciones necesarias para conseguir solventar sus necesidades, resulta evidente que el daño por dependencia económica no se puede generar.

## 9. CONCLUSIONES

- a) La causal de separación de hecho se ha convertido en la opción más utilizada entre aquellas parejas que buscan obtener el divorcio, mostrando una mayor eficacia, en comparación a las otras causales que requieren un mayor caudal probatorio.
- b) La corriente jurisprudencial mayoritaria propugna la aplicación de oficio de la responsabilidad civil por divorcio basado en la causal de separación de hecho, y la minoritaria, que dicha pretensión debe ser solicitada en vía

---

<sup>44</sup> Casación N° 158-2002-Puno, Publicada en la Separata Especial de Sentencias en Casación, del Diario Oficial El Peruano, con fecha 01 de octubre del 2002, p. 9293.

de acción o contradicción; tendencia a la cual me aúno, por considerar que un pronunciamiento de oficio atenta contra el principio de congruencia procesal, al no respetar las pretensiones de las partes y resolver más allá de lo petitionado; y vulnera el derecho de defensa y el derecho probatorio.

- c) Hasta el momento no se ha planteado la prescripción de los daños ocasionados por el divorcio basado en la causal de separación de hecho; justamente por la tendencia de resolver de oficio la indemnización; sin embargo, de hacerlo, consideramos que se debe aplicar el plazo de prescripción de diez años, por ser una responsabilidad obligacional.
- d) Al momento de fijar la indemnización, los jueces cometemos una afectación al debido proceso porque las resoluciones contienen una falta de motivación o motivación aparente, ya que no motivamos los criterios utilizados para arribar al monto asignado o nos basamos exclusivamente en la prudencia judicial; siendo necesario un esfuerzo argumentativo y sustentar los criterios utilizados para arribar al monto indemnizatorio, como pueden ser: la magnitud e intensidad de la lesión (con ayuda de peritos especializados), la forma de reparación elegida y su costo en el mercado (que pueden ser terapias, medicamentos, etc.) y el resto asimilable (aquella parte de la lesión con la que deberá vivir la víctima durante toda su vida).
- e) Es necesario que los magistrados estudiemos y la Academia de la Magistratura promueva eventos académicos sobre los criterios de valoración del daño moral.
- f) Si bien la jurisprudencia ha establecido que entre los daños indemnizables por el divorcio se encuentran el daño moral, el daño personal, el daño al proyecto de vida y el daño por dependencia económica, consideramos que:
  - a) el daño moral debe ser debidamente acreditado, porque es probable que por el tiempo de separación se haya disminuido o disipado, b) el daño a la persona, debe estar presente al momento de solicitarse la indemnización y no provenir de alegaciones pasadas que ya han sido superadas; c) el daño al proyecto de vida no es un daño típico de aquellos provenientes por el divorcio; d) el daño por dependencia económica puede darse en nuestro medio, pero debe ser aplicado en casos especiales para que se no se configure el ejercicio abusivo de un derecho.



# LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DIVORCIO: DAÑOS EN LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

RUBÉN CAYRO CARI\*

## RESUMEN:

La aplicación de la responsabilidad civil derivada del divorcio por la causal de separación de hecho implica la verificación de la existencia de un daño injusto, regulándose por los principios de responsabilidad civil extracontractual. Ella nos permitirá paliar cualquier tipo de consecuencia negativa que pueda producirse a causa del divorcio, mediante el resarcimiento por parte del cónyuge que estuvo en mejores posibilidades de evitar el daño.

El daño a la persona se encuentra regulado en nuestra legislación y ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, las categorías clásicas (daño emergente, lucro cesante y daño moral) no resultan suficientes para explicar las consecuencias del menoscabo físico, el dolor físico, el daño a la integridad somática, ni explican el daño al proyecto de vida; por lo que recurrir a la tesis del ser humano como una “unidad psicosomática” constituida y sustentada en su libertad, es importante para lograr una reparación integral de los daños.

**Palabras clave:** Daño a la persona, divorcio por causal de separación de hecho, responsabilidad civil.

## SUMARIO:

1. Introducción 2. La responsabilidad civil y el derecho de familia 3. El divorcio y la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano 4. La causal de separación de hecho y su relación con el derecho de daños. 5. Una aproximación a los daños derivados del divorcio. 6. Precisiones sobre el daño a la persona. 7. Innovaciones en la jurisprudencia nacional. 8. Justificación filosófica del daño al proyecto de vida. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el sistema jurídico peruano se ha previsto la regulación del tema de la reparación de los daños que puedan generarse como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial; así el artículo 345°-A del Código Civil dispone lo siguiente: “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

\* Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Lima.

por la separación de hecho, así como por la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

A pesar que la norma referida hace alusión a la separación de hecho, la causal a la que alude constituye de uno de los supuestos de divorcio que nuestro ordenamiento jurídico contempla (artículo 349° del Código Civil); además de complementar lo dispuesto por el artículo 351° que establece: “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”.

En ese sentido, el presente trabajo pretende analizar cuáles son los verdaderos alcances de la aplicación de la responsabilidad civil en el campo del divorcio en el sistema jurídico peruano, con especial énfasis en la causal de separación de hecho, tomando en cuenta lo dispuesto por la norma sustantiva y lo postulado por la jurisprudencia y la doctrina.

Un sector de la doctrina nacional, sin detenerse a analizar los fundamentos del derecho de familia, compara el sistema de responsabilidad derivado del divorcio con los *punitive damages* del *common law*, donde predomina la función sancionatoria de la responsabilidad civil.

## **2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE FAMILIA**

La aplicación de los principios de la responsabilidad civil en las materias que le son comunes, ya es de por sí compleja, por lo que es posible imaginar los problemas que pueden presentarse cuando se pretende extender su esfera de influencia al campo del derecho de familia, rama que presenta sus peculiaridades propias, muchas de las cuales resultan ser incompatibles con la naturaleza patrimonial del derecho de daños.

Ahora bien, plantear la posibilidad de la aplicación de la responsabilidad civil al campo del derecho de familia, implica necesariamente la verificación de la presencia de los elementos que configuran la existencia de una situación resarcible; es decir, la realización de una conducta dañosa, la presencia del nexo causal entre ésta y el daño, el perjuicio mismo y las condiciones que permitan utilizar los factores de atribución contemplados en la ley.

Por lo general, los ordenamientos jurídicos no admiten la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil al campo del derecho de familia, argumen-

tándose que ello desnaturalizaría los fines de las instituciones familiares, y en especial el instituto medular de esta rama del derecho, cual es la unión voluntariamente contraída entre un hombre y una mujer: el matrimonio.

Por otro lado, un sector de la doctrina admite la posibilidad de aplicar los principios de la responsabilidad civil al derecho de familia, solo en aquellos casos en los que la ley lo contempla; por lo que, teniendo en cuenta que nuestra legislación permite este supuesto respecto de los daños causados como producto del divorcio regulado en los artículos 348° y siguientes del Código Civil, bien podríamos aceptar la factibilidad teórica y práctica de la utilización del derecho de daños en el ámbito del derecho de familia en nuestro país, y en especial en los casos vinculados a la disolución del vínculo matrimonial.

Mas conviene, antes de entrar a analizar cómo opera esta aplicación de la responsabilidad civil según nuestro ordenamiento, hacer referencia a la posición de algunos autores que aún rechazan esta posibilidad.

En efecto, la mayoría de las posturas contrarias a la regulación de los daños acaecidos como producto de las relaciones de familia, y de manera específica los causados como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, se sustentan en una concepción psico-afectiva del matrimonio, por encima de las implicancias jurídicas del mismo, intentando desvincular a este instituto familiar de todo aspecto de índole patrimonial; en ese sentido, tal como lo remarca la doctrina, “la razón de ello la encontramos precisamente en la connotación afectiva y moral de esta relación particular entre un hombre y una mujer. La experiencia vivida que cada uno de nosotros tiene en el ámbito amoroso-afectivo nos impulsa a cuestionar toda aquella definición de la naturaleza del matrimonio que implique una conceptualización de carácter patrimonial”<sup>1</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico es muy claro cuando establece la regla *alterum non laedere* (el deber de no dañar a otro), norma que ha de ejercerse de acuerdo a su contenido social y finalidad; sin embargo, en el ámbito del derecho de familia, puede no considerarse una conducta ilícita, pero si un daño injusto.

Así pues, nos preguntamos si sería justo dejar a un cónyuge sin el resarcimiento respectivo, solamente por encontrarse su relación sujeta a principios o peculiaridades propias del derecho de familia, haciendo pesar sobre el patrimonio del inocente los daños producidos por el cónyuge que

<sup>1</sup> PÉREZ DUARTE, Alicia Elena. Derecho de Familia. México: UNAM, 1991, Pág. 22.

se encuentra en mejores condiciones de soportar el daño. Pensamos que no, por cuanto el matrimonio “independientemente de que se trate de un fenómeno natural o de una creación cultural, es un fenómeno social y jurídico en la medida que existe todo un sistema social y jurídico que incide en su formación”<sup>2</sup>.

Se sostiene que el derecho penal establece la vía para sancionar al responsable de cualquier acto de agresión; consideramos que si bien este argumento es bastante efectista, las soluciones que plantea una institución como la responsabilidad civil difieren diametralmente de lo ofrecido por el derecho penal; puesto que, mientras este último persigue el castigo del culpable, la primera busca la reparación integral del daño sufrido por la víctima, como lo ha establecido reiterada jurisprudencia<sup>3</sup>.

Finalmente, debemos expresar que las normas generales de responsabilidad basan su criterio fundamentalmente en el derecho a la integridad personal reconocido en las Convenciones Internacionales y en nuestro Derecho Civil, del cual, el Derecho de Familia, en última instancia forma parte, pues sus particularidades no lo aíslan como una rama totalmente extraña a las instituciones del Derecho Civil, entre las cuales se encuentra la responsabilidad por daños. Muy por el contrario, tiene en ese Derecho su base jurídica conceptual, al dejar éste establecidas las normas jurídicas comunes y los principios reguladores gnoseológicos y axiomáticos generales; sin embargo, consideramos que la aplicación del derecho de daños en el campo del derecho de familia, debe tender a ser restrictivo, circunscribiéndose a los casos que revisten una indispensable intervención de los órganos de justicia, y procurando no distorsionar en demasía los nobles propósitos de una institución como el matrimonio.

### 3. EL DIVORCIO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

El debate sobre el derecho al resarcimiento de los daños conyugales ha girado alrededor del supuesto del divorcio, y de los daños que pueda ocasionar

<sup>2</sup> BONNECASE, Julien. La Filosofía del Código Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. Puebla: CAJICA. Pág. 26.

<sup>3</sup> Indemnización en la vía civil derivada de un delito: Al constituirse el padre como parte civil en el proceso penal, a nombre propio sin especificar que lo hacía en nombre de sus menores hijas, estas no han podido verse beneficiadas con la reparación civil fijada en la sentencia penal. Contribuye a corroborar lo dicho el hecho de que en el presente caso las pretensiones que contiene la demanda abarcan otra gama de daños como son el daño moral, daño a la persona, responsabilidad extracontractual e indemnización punitiva, extremos que no han sido analizados por el juez penal al momento de fijar la reparación civil en el proceso penal, pues su pronunciamiento está dirigido a reparar integralmente los daños derivados del ilícito. Casación N° 570-03 Junín (El Peruano, 30 de abril de 2004). Gaceta Jurídica: Data 30,000 Jurisprudencias.

este en sí mismo, y ello es así puesto que dicho evento se encuentra referido a la disolución de una institución que por naturaleza tiene vocación de permanencia en función de la necesaria y duradera protección de los hijos, objetivo vinculado a la conservación y perfeccionamiento de la especie: El matrimonio. De esta manera, es comprensible que la ruptura de dicho vínculo pueda ocasionar algunos perjuicios relacionados a los efectos traumáticos que de por sí implica.

Por otro lado, teniendo en consideración que las relaciones personales entre los cónyuges se deben regir sobre la base de tres principios fundamentales (fidelidad, cohabitación y asistencia recíproca), así como que las mismas se encuentran sujetas a un régimen de derechos y obligaciones establecido en nuestra legislación (artículos 287º y siguientes del Código Civil), es previsible que el cambio de situación de los integrantes de la pareja implique el riesgo de vulnerar algunos de estos derechos y deberes, durante el proceso de separación, si ya no han sido vulneradas con anterioridad, constituyéndose en causa del divorcio mismo; y evidentemente toda violación de una regla jurídica puede implicar la afectación de los intereses de otro sujeto de derecho.

A este respecto hay que indicar que entre los deberes conyugales destaca por ejemplo la fidelidad, que se define como la lealtad y observancia de la fe que los esposos se deben entre sí, y que constituye un bien de contenido netamente extrapatrimonial<sup>4</sup>. En ese sentido, no se puede negar que el divorcio en sí, o por los hechos constitutivos de sus causales, suele implicar, para alguno de los cónyuges, una fuente de daños o perjuicios que pueden ser tanto de naturaleza material como moral<sup>5</sup>, e incluso daño al proyecto de vida, como se desarrollará mas adelante.

Ahora bien, a lo largo de muchos años se negó la reparación civil producto de conductas antijurídicas<sup>6</sup> generadoras de la ruptura matrimonial, a pesar de ser el divorcio un fenómeno de ya larga data en nuestro país. Ello llevó a dar soluciones contradictorias con el principio de igualdad al que están sometidos ambos cónyuges en la relación conyugal, tales como: si el daño se producía entre personas que no estaban unidas por el matrimonio, como es el caso del concubinato, procedía la indemnización por los daños y perjuicios que se

<sup>4</sup> BREBBIA, Roberto. El daño moral. Buenos Aires: EBA, 1950. Pág. 246.

<sup>5</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Otro. Responsabilidad Civil derivada del divorcio. Versión electrónica. Pág. 4.

<sup>6</sup> Un sector de la doctrina nacional utiliza el término "Injusticia del Daño", convirtiendo a la culpa en un mero criterio de imputación expresión de la función distributiva de la responsabilidad civil. La injusticia del daño es mas amplia que la antijuricidad, ya que no sólo da protección a un interés digno de tutela, sino que eventualmente puede proteger situaciones de hecho que recogen intereses dignos de tutela que podrían no ser dignos de tutela en otro campo del derecho (caso de la concubina *more uxorio*).

podieran haber causado con el obrar ilícito (por cuanto la responsabilidad se fijaba como si se trataran de dos personas sin ningún tipo de vínculo), mientras que si tal comportamiento se llevaba a cabo dentro de una relación matrimonial, la indemnización no era procedente, con lo cual se mejoraba la situación del culpable en este último caso. A propósito de ello, hay que señalar, que respecto al divorcio, muchos analistas de la materia sostienen que los conceptos de inocente y culpable son insuficientes para entender la complejidad de la crisis de la pareja.

Por otro lado, es preciso remarcar que en un primer momento se dieron algunos pasos tímidos en la regulación del divorcio, contemplando únicamente la disolución del vínculo matrimonial en relación a determinadas situaciones de hecho (causales), dando así nacimiento al divorcio relativo. De esta manera se comienza a abrir la posibilidad de fundamentar la aplicación de la responsabilidad civil a situaciones vinculadas a la disolución del vínculo matrimonial, por cuanto quien podía dudar que el más somero examen de las causales de divorcio pone de manifiesto que, además de la violación de un deber legal, existe un error consciente y responsable, por lo que si se ocasiona un daño, ingresan en el concepto de acto ilícito<sup>7</sup>.

No obstante lo expresado, por lo general, el rechazo de la acción por responsabilidad civil se fundamentaba en la moral y las buenas costumbres, ya que se sostenía que a través de la demanda se pretendía lucrar con la deshonra, o que se alentaba las pretensiones ambiciosas y desmedidas de uno de los cónyuges, alentando que se aprovechara de la prosperidad del otro.

El divorcio no persigue el remedio de los males reales que el fracaso matrimonial haya producido<sup>8</sup>, sino tan solo la terminación de una relación que deviene en insostenible. Por eso, es tan importante recurrir a institución como la responsabilidad civil, pues ella nos permitirá paliar cualquier tipo de consecuencia negativa que pueda producirse a causa del divorcio mismo.

Respecto a la naturaleza de la responsabilidad civil a ser aplicada, pensamos que ello va a depender de la calificación que se haga del matrimonio, como figura jurídica de vital importancia dentro del derecho de familia. En ese sentido, debemos hacer alusión a las dos formas clásicas en las que se define el matrimonio.

---

<sup>7</sup> BELLUSCIO, Augusto y Otro. Responsabilidad Civil en el derecho de familia. Buenos Aires: Hammurabi, 1983. Págs. 19-20.

<sup>8</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Otro. Op. Cit. Responsabilidad Civil derivada del divorcio. Versión electrónica Pág. 3.

Por una parte, se sostiene que el matrimonio es un contrato, puesto que se requiere del consentimiento de los intervinientes en el acto; por otro lado, se postula la idea del matrimonio como institución en tanto que los contrayentes una vez que expresan su aceptación, se someten a reglas estrictas que responden a un interés general y público, como por ejemplo la vocación de permanencia de la unión<sup>9</sup>.

En nuestra opinión el matrimonio en todo caso califica un acto jurídico especial mediante el cual se funda una familia, y no le podrían ser aplicables las normas de la responsabilidad civil contractual, por cuanto los partícipes de la relación no establecen las reglas a las que se van a someter en ejercicio de su autonomía privada, sino que se someten a los preceptos previamente estipulados en el ordenamiento jurídico. En atención a estas razones, los casos de divorcio que generen daños, se regularán por los principios de la responsabilidad civil extracontractual.

#### **4. LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS EN EL DIVORCIO PERUANO**

Con fecha seis de julio de dos mil uno, fue promulgada la Ley N° 27495, que incorporó la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsiguiente divorcio, modificando el artículo 333° del Código Civil. Asimismo, introdujo el artículo 345°-A en el citado cuerpo de leyes, estableciendo en su segundo párrafo, que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como por la de sus hijos, debiendo 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. Dicha ley contempla un nuevo supuesto de hecho, que se sumará al divorcio convencional y al divorcio-sanción, con fórmulas de la doctrina del divorcio remedio.

Para analizar esta causal, debemos tener en cuenta que, fuera de la separación convencional y subsiguiente divorcio, el resto de supuestos que podían llevar a la disolución del vínculo marital, implicaban de una u otra manera la culpa de uno de los cónyuges. Este régimen se conoce como el divorcio-sanción; es decir, se termina el matrimonio como un castigo por la mala conducta de una de los consortes. El caso más frecuente que puede ejemplificar esta noción, es el del divorcio por causal de adulterio; evidentemente quien demanda la

<sup>9</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica Editores, 1999, Págs. 52-54.

disolución es el cónyuge perjudicado, por cuanto el culpable no podrá alegar hecho propio para fundamentar algún tipo de perjuicio.

Es necesario puntualizar que el daño previsto en el artículo 345º-A es de naturaleza no patrimonial tal como se expresa en el considerando cuarto de la Casación N° 3973-2006: “se refiere al concepto de daño no patrimonial previsto en el artículo 345º-A del Código Civil, puntualizando que se refiere a valores que pertenecen más el desmedro sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado; asimismo, el fallo señaló precedentemente que “la recurrente (...) solicitó se le señale una indemnización (...) en atención al daño físico y psicológico causado”<sup>10</sup>. En este contexto, la responsabilidad civil hace recaer la reparación sobre el cónyuge culpable del perjuicio, siempre y cuando el daño haya sido grave, y la conducta manifiestamente nociva para la integridad física o psíquica de la víctima.

En cambio, la figura de la separación de hecho rompe con este esquema clásico, por cuanto dicha causal, en su origen, no hace recaer la culpa sobre ninguno de los cónyuges, y es más permite que cualquiera de los dos demande la separación legal, con prescindencia de la conducta de cada uno en la generación del estado de alejamiento. Entonces, en atención al propósito de nuestro estudio, pareciera que a primera vista en la causal de separación de hecho, al no existir cónyuge culpable, no sería posible hacer responsable a alguno de los dos por los daños y perjuicios que pudieran causarse, al menos desde el punto de vista lógico-teórico. Sin embargo, consideramos que ello no es así, por cuanto en determinados casos sí procederá la indemnización respectiva, tal como lo señala la ley.

En efecto, en el supuesto que el alejamiento del hogar conyugal, se deba a una actitud caprichosa o irresponsable de uno de los esposos, y que ello haya generado un daño patrimonial o extrapatrimonial en la víctima, se amerita que la misma sea resarcida por el cónyuge que estuvo en mejores posibilidades de evitar el daño, siendo de aplicación un factor de atribución objetivo como el *cheapest cost avoider* del *common law*, como política del derecho, en el cual los operadores jurídicos (jueces) hacen asumir las consecuencias de los daños a quien les va a resultar más fácil enfrentarlas<sup>11</sup>.

Resultan importantes algunos aportes del análisis económico del derecho: es mejor dejar las pérdidas en las víctimas. Solamente si pudiera ser claramente

<sup>10</sup> Casación N° 3973-2006 Lima, publicada el 1 de Febrero de 2007 en el diario oficial “El Peruano”.

<sup>11</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan; Derecho de la Responsabilidad Civil, Quinta Edición, Gaceta Jurídica Editores, 2007, Pág. 151.

demostrado que los causantes pudieron haber evitado el daño de manera menos costosa, deberían los incentivos para evitar el daño reposar sobre ellos<sup>12</sup>.

Es cierto que la separación legal y el divorcio pueden iniciarse a instancia del cónyuge que abandonó el domicilio conyugal; sin embargo, ello no impide que el mismo asuma su responsabilidad por el daño injusto causado.

Pongamos el ejemplo, de un esposo que abandona a su cónyuge, sin mayores explicaciones: si por el matrimonio los cónyuges asumen deberes y derechos entre sí, con el compromiso de hacer vida en común con proyección indefinida, es evidente que el matrimonio, como acto fundacional de la familia, tiene la orientación de ser perdurable, generando expectativas y proyectos de vida en los cónyuges e hijos, que, de ser frustrados podrían generarles daños personales, los cuales deben ser indemnizados.

## 5. UNA APROXIMACIÓN A LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

En el ámbito de los daños que pueden generarse como consecuencia del rompimiento del vínculo matrimonial, por lo general estos se encuentran referidos al sufrimiento que padecen los cónyuges por el fracaso mismo del matrimonio, que trunca un proyecto de vida en común, con la consiguiente frustración y dolor que se presenta en la vida de cada uno de los cónyuges.

El artículo 351º del Código Civil, establece: “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”.

Algunos autores latinoamericanos han formulado varias definiciones respecto al daño moral, por ejemplo Cristóbal Montes, en una posición no compartida por nosotros, considera que “el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión”<sup>13</sup>, y Bustamante Alsina que “son también bienes jurídicos los atributos o calidades de la persona humana como sujeto de derecho, e igualmente los valores existenciales de ella que constituyen los derechos de la personalidad,

<sup>12</sup> CALABRESI, Guido; La Responsabilidad Civil Extracontractual: El Derecho de una Sociedad Mixta. En: Themis, Revista de Derecho, Segunda Época, N° 23, 1992, Pág. 43.

<sup>13</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel. El daño moral contractual. En: Revista de Derecho Privado. Tomo 84, 1990, Pág.3.

tales como la vida, la libertad, la salud, la integridad corporal, el honor, la intimidad, etc.”<sup>14</sup>. Estos autores, si bien ensanchan el concepto, comparten en común la idea de que el daño moral se encuentra referido a una esfera no patrimonial de la persona. En otras palabras, daño moral se asocia al daño extrapatrimonial que puede sufrir la víctima.

En los perjuicios que pueden derivarse del divorcio, fundamentalmente tenemos el daño moral propiamente dicho y el daño a la persona. Respecto al primero, hay que precisar que en el caso de las relaciones de pareja se circunscribe básicamente al daño de tipo psicológico o psíquico. En este sentido, la doctrina entiende por este tipo de daño, “una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente”<sup>15</sup>, “se configura por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica”<sup>16</sup>.

En relación al daño a la persona, al considerar nuestra legislación la existencia del mismo, resultaría conveniente asimilarlo como género del daño, que incluye la afectación a la integridad corporal y la salud física de la persona, es decir que importa un agravio o lesión a integridad somática del ser humano, la integridad psíquica y el proyecto existencial, como explicaremos en líneas posteriores. Entonces en lo que debemos poner atención es en la reparación de la víctima, más allá si a los daños por ella sufrida le damos tal o cual denominación, más aún si consideramos que nuestro ordenamiento contempla la indemnización del daño moral y del daño a la persona para los casos del rompimiento del vínculo matrimonial.

Cuando nos encontramos frente a un daño de naturaleza moral, la indemnización económica no podrá, en sentido estricto, compensar el sufrimiento o dolor acaecido, por cuanto se trata de aspectos contrapuestos entre sí; sin embargo, ello no implica, en ningún modo, negar la posibilidad de la “reparación”, pues, el resarcimiento pecuniario en estos casos, no pretende reponer a la víctima al estado anterior al momento en el que ocurrió el evento dañoso (como sucede con el daño patrimonial), sino que persigue una finalidad afflictivo-consolatoria, es decir mitigadora del sufrimiento, por lo que la finalidad de la indemnización del daño moral es otorgar a la víctima una suerte de consuelo, mediante la asignación de un beneficio económico<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> BUSTAMENTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973. Pág. 235.

<sup>15</sup> DARAY, Hernán. Daño Psicológico. Buenos Aires: Astrea, 2000. Pág. 18.

<sup>16</sup> MILMANIENE, José. El daño psíquico. Los Nuevos Daños. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. Pág. 64.

<sup>17</sup> MILMANIENE, José. Op. Cit. Pág. 71.

Por otro lado, tratándose de la causal de separación de hecho, y ante la ausencia de imputación de culpa por la separación, el daño causado a la víctima debe derivarse de manera clara de una conducta generadora del daño injusto, para que el mismo tenga la calidad de perjuicio digno de tutela resarcitoria. Así, podemos identificar que las consecuencias dañinas derivadas de la existencia de causales que ocasionaron el divorcio, son inmediatas, en tanto explicitan conductas que afectan de manera directa la esfera de interés del cónyuge inocente; en cambio, en el caso de perjuicios derivados del divorcio mismo, estos dependen del hecho de la separación, por lo que sus consecuencias son más bien de tipo indirecto.

Nuestra legislación alude al daño moral (artículo 1984° del Código Civil), mas lo hace sin definir el concepto y alcances del mismo, preocupándose tan solo en fijar un criterio, si bien vago e impreciso, de cuantificación del mismo, al disponer que la indemnización del daño moral se debe establecer en función del menoscabo y magnitud del daño sufrido por la víctima, dejando por tanto a la discrecionalidad del juzgador determinar los límites dentro de los cuales debe efectuarse la valoración respectiva. Pese que en nuestro medio se han realizado esfuerzos por hacer más predecible dicha cuantificación (por ejemplo, el profesor Fernández Sessarego planteaba la posibilidad de circunscribir la valoración del magistrado a parámetros específicos como son: el dictamen de los expertos, las circunstancias, edad, educación y otras actividades de la víctima<sup>18</sup>), la arbitrariedad y los fallos contradictorios aún están latentes en nuestros días.

## **6. PRECISIONES SOBRE EL DAÑO A LA PERSONA: DAÑO A LA ESTRUCTURA PSICOSOMÁTICA Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA**

El profesor Fernández Sessarego, al describir la nueva y revolucionaria concepción del ser humano, que se habría concretado en la primera mitad del Siglo XX, afirmaba que su estructura no se agota únicamente en ser “unidad psicosomática”, sino que se trata de un ser libertad, simultáneamente, coexistencial y temporal<sup>19</sup>; siendo su aporte más importante, a nuestro entender, haber definido al ser humano como una “unidad psicosomática” constituida y sustentada en su libertad.

Continúa el destacado profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, precisando que la figura del daño a la persona, responde a

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. En: Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, 2000. N° 79 Pág. 11.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; Deslinde Conceptual entre “Daño a la Persona”, “Daño al Proyecto de Vida” y “Daño Moral”, En: Foro Jurídico, Año 1, N° 2, Revista de Derecho, Pág. 16.

una inspiración humanista personalista, en base a la escuela de la filosofía de la existencia. Al saberse que el ser humano es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, recién se percibe que la persona puede ser dañada en cualquier aspecto de la referida unidad o en su libertad convertida en actos o conductas intersubjetivas, es decir, en “proyecto de vida”, en libertad fenoménica<sup>20</sup>.

Nosotros consideramos que la evolución del ser humano ha sido permanente, con un contenido mínimo desde su aparición<sup>21</sup>; luego se ha producido una adquisición paulatina de novísimos derechos en base al propio desarrollo económico y las creencias o ideologías temporales, según puede verificarse de la evolución de los derechos fundamentales como conjunto normativo que regula la protección de la persona humana en su vida, libertad, igualdad ante la ley, en su participación en la vida social y en cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como ser social.

En síntesis, el profesor Sessarego, sostiene que el daño a la persona es el género, y tiene dos vertientes o componentes: a) Los daños que lesionan la estructura psicosomática del ser humano: Incluye el daño a la integridad somática y el daño moral; y b) Daño al proyecto de vida, como grave limitación al ejercicio de la libertad.

Leysser León, en posición contraria, reafirma la inutilidad del daño a la persona, y la funcionalidad del daño moral, citando una abundante bibliografía, y al sector mayoritario de la doctrina nacional, señala que el daño a la persona no tiene una categoría en el ordenamiento jurídico, es una importación de la doctrina italiana, y que la propuesta de eliminación del daño moral para sustituirlo por el daño a la persona, es minoritaria en nuestro medio<sup>22</sup>; sin embargo, el destacado profesor de la Universidad Católica, en ninguno de los capítulos III y IV de la Parte Tercera de su libro explica, cómo se materializa la funcionalidad del daño moral en un caso concreto.

La afirmación de Leysser León, en el sentido de que el daño a la persona no tiene una categoría en el ordenamiento jurídico, no es exacta; pues, como bien lo ha señalado el profesor Juan Espinoza, la voz “daño a la persona” no sólo está regulada en el artículo 1985° del Código Civil, sino también

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Op. Cit., Pág.17.

<sup>21</sup> En la vida primitiva, cuando se inicia la relación entre hombre y mujer, sólo existía la costumbre relacionada con la convivencia sexual; luego nace la organización y la jerarquía dentro del grupo, necesaria al comenzar su existencia con un prolongado período de ayuda y protección. Se crea una relación social, dando origen al Estado y el Derecho.

<sup>22</sup> LEÓN, Leysser L.. La Responsabilidad Civil; Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas, Jurista Editores E.I.R.L., Segunda Edición, Lima, 2007, Pág. 301.

la encontramos en el artículo 32º de la Ley de Protección al Consumidor, así como el artículo 345º-A del Código Civil que se refiere en su segundo párrafo al “daño personal”, existiendo también pronunciamientos a nivel jurisprudencial<sup>23</sup>.

En similar sentido, Arias Schreiber, comentado el citado artículo 345º-A del Código Civil, con la colaboración del especialista en Derecho de Familia, Alex Plácido Vilcachagua, señalaba que es interesante anotar que en este precepto se alude correctamente al daño personal y no se limita al daño moral, que es doctrinariamente menos amplio<sup>24</sup>.

Nosotros no creemos que sea necesario eliminar el daño moral y sustituirlo por el daño a la persona; no obstante, analizando el estado de la situación, existen vacíos que pueden ser llenados por la amplitud del daño a la persona; salvo que se ensanche el concepto del daño moral, posibilidad recusada por la propia doctrina italiana.

En efecto, como sostiene Scognamiglio<sup>25</sup>, los daños morales son esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona, no son entonces los daños propiamente dichos, y constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria.

El recordado profesor Lizardo Taboada<sup>26</sup>, acotaba que por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor y aflicción o sufrimiento en la víctima; pero deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerarlo digno de la tutela legal.

En similar sentido la jurisprudencia nacional, a través del tiempo, ha precisado que el daño moral se refiere al campo de la afectividad<sup>27</sup> y no al

<sup>23</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Quinta Edición, Gaceta Jurídica Editores, 2007, Pág. 232.

<sup>24</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III - Derecho de Familia; Gaceta Jurídica, Primera Edición, 2006, Pág. 227.

<sup>25</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. El Daño Moral, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1962, Pág.46.

<sup>26</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil, Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición, 2003, Pág. 64.

<sup>27</sup> Daño moral: El daño moral es el daño no patrimonial, pertenece más al campo de la efectividad que al campo económico y produce una pérdida económica y afectación espiritual; no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación. Basta que se configure el menoscabo para ser factible de indemnización; el

campo económico; y lo conceptúa como el dolor o sufrimiento que debe ser apreciado teniendo en cuenta la magnitud del menoscabo producido<sup>28</sup>.

Para entender la falta de funcionalidad del daño moral, citemos un ejemplo sobre daños que ocurren en la vida de relación: Un accidente de tránsito con secuela de daños materiales y personales; específicamente se destruyó el vehículo de la víctima, y se le causó severas lesiones que lo dejaron postrado en una silla de ruedas por varios meses.

El operador judicial recurrirá a las categorías clásicas: 1. Daños patrimoniales: a) La destrucción del vehículo constituye el daño emergente, y b) Los ingresos económicos que deja de percibir la víctima, mientras está postrada en silla de ruedas, constituye el lucro cesante; 2. Daños extrapatrimoniales: El dolor y sufrimiento causado a la víctima, constituye el daño moral (integridad psíquica).

Las mencionadas categorías clásicas no resultan suficientes para explicar las consecuencias del menoscabo físico, el dolor físico, el daño a la integridad somática, ¿dónde se ubica?

Si recurrimos a la tesis del profesor Sessarego, sobre la concepción del ser humano como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, podremos percibir y resolver los problemas relativos a la reparación integral del daño a la persona, tanto en su dimensión psicosomática como en su trascendente libertad que se exterioriza en “proyecto de vida”.

## **7. INNOVACIONES EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA CON MOTIVO DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

La Jurisprudencia de la Corte Suprema ha realizado importantes innovaciones, las que han sido objeto de críticas por el profesor Leysser León, con motivo de la Casación N° 3973-2006-LIMA. El prolífico docente universitario no puede negar que ha asumiendo la defensa de los potenciales dañadores, como una

---

dejar sin efecto el evento dañoso no enerva la obligación de reparar. Casación 1070-95. Arequipa. Lima, trece de julio de mil novecientos noventa y ocho. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>28</sup> Daño moral. Valoración: El daño moral es el dolor y sufrimiento causado, que debe ser apreciado teniendo en cuenta la magnitud o menoscabo producido a la víctima o a su familia de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso así como la situación económica de las partes; habiendo en este caso la Sala de mérito fijado prudencialmente el monto de la indemnización en la que tratándose de un daño moral se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo mil trescientos treinta y dos del Código Civil, en cuanto establece si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá el Juez fijarlo con valoración equitativa. Casación N° 1676-2004 Lima (El Peruano, 02-06-06). Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

opción ideológica. Sin embargo, los Jueces deben actuar con imparcialidad, administrando justicia para cada caso concreto.

Es cierto que el concepto del daño al proyecto de vida podría inflar, peligrosamente los resarcimientos, exaltando la función sancionatoria o punitiva de la responsabilidad civil<sup>29</sup>, pero el límite es el bien común que sustenta los intereses públicos, y que todo magistrado debe observar, al resolver un conflicto de intereses.

Miguel Reale, desarrollando el tema del bien personal y el bien colectivo, señalaba que se impone preservar el bien del individuo como meta final, como fin al que se debe tender de forma preferente. Pero, al mismo tiempo, es necesario salvaguardar y aumentar el bien del todo, en todo aquello en que el bien social es condición del bien de cada cual<sup>30</sup>.

No olvidemos que, por el matrimonio los cónyuges asumen deberes y derechos entre sí, con el compromiso de hacer vida en común con proyección indefinida, puesto que el matrimonio tiene la orientación de ser perdurable, generando expectativas y proyectos de vida en los cónyuges e hijos, que, de ser frustrados podrían generarles daños personales, los cuales deben ser indemnizados.

El criterio de la capacidad económica no es nuevo en derecho, responde al principio de equidad: dejando de lado los estándares o catálogos, y privilegiando la distribución de la riqueza, con mayor razón, si se trata de garantizar la estabilidad de la familia, siendo válido que se pueda aplicar el principio de la igualdad horizontal, tratando por igual a todos los individuos iguales desde el punto de vista económico<sup>31</sup>.

No creemos que la jurisprudencia vaya por el camino de los daños punitivos, ni que pretenda generar incentivos o desincentivos para el divorcio por la causal de separación de hecho, pues se trata de un divorcio remedio, sin atribución de culpa; pero sus consecuencias deben ser mitigadas por quien se encuentra en mejor posición, pues en la relación familiar sustentada en la unión de derecho (matrimonio) subyacen valores mas altos.

<sup>29</sup> LEÓN, Leysser L. ¡30,000 Dólares por Daños Morales en un Divorcio! De cómo el daño al Proyecto de Vida continúa inflando peligrosamente los resarcimientos, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 12, N° 104, Mayo 2007, Págs. 77-87.

<sup>30</sup> REALE, Miguel. *Filosofía del Derecho*, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1979, Pág. 225.

<sup>31</sup> La equidad horizontal (EH) es un principio de justicia tributaria según el cual el sistema fiscal debe tratar de forma igual a todos los individuos que sean idénticos desde un punto de vista económico.

## 8. JUSTIFICACIÓN FILOSÓFICA DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Es lógico que en la primera mitad del siglo XX haya un realce de los derechos fundamentales del hombre, una revolución en la concepción del ser humano como sostiene el profesor Sessarego; pero ello no se debe a los aportes de los filósofos Sartre Marcel, etc. Luego de dos guerras mundiales con resultados catastróficos, la humanidad tenía que revalorarse a si misma. Es el desarrollo económico social el que determina las nuevas concepciones. Como suele ocurrir en la historia, primero se produjeron los hechos y, luego, los académicos desarrollaron teorías o interpretaciones sobre ellos.

El filósofo Julián Marías, acota que una forma de vida está definida, sobre todo, por el repertorio de creencias en que se está. Naturalmente esas creencias van cambiando de generación en generación –como lo ha mostrado Ortega-, y en eso consiste la mutación histórica; pero cierto esquema mínimo perdura a través de varias generaciones y les confiere la unidad superior que le llamamos época, era, edad<sup>32</sup>.

Basta repasar la evolución de los derechos fundamentales, a través de las distintas épocas: a) Los derechos civiles y políticos (primera generación); b) Derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación); c) Derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente saludable, a la libre determinación (tercera generación).

Es en la naturaleza humana, el derecho al desarrollo, y con el aporte de los filósofos que han incidido en la idea de la vida, donde podemos encontrar el fundamento del derecho al proyecto de vida:

Dilthey: La vida humana es una unidad originaria y trascendente: no es un compuesto de elementos, sino que desde su realidad unitaria se diferencian las funciones psíquicas, pero permanecen unidas a ellas en su conexión. Simmel: El hombre se propone siempre un fin futuro; pero ese fin es un punto inmóvil, separado del presente, y lo característico de la penetración vital de la voluntad actual en el futuro es que el presente de la vida consiste en que ésta trasciende el presente. Bergson: La realidad de la vida es algo dinámico, un impulso vital o élan vital. Este impulso determina una evolución en el tiempo. Y esta evolución es creadora, porque la realidad se va haciendo en una continuidad viva<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> MARIAS, Julián. Historia de la Filosofía, Manuales de la Revista de Occidente, Décimo Sexta Edición, Madrid, 1963, Pág. 9.

<sup>33</sup> MARIAS, Julián. Ob. Cit., Págs. 376-383.

Del Vecchio, al analizar la insuficiencia del escepticismo, realismo empírico, teologismo y utilitarismo, recurre a la naturaleza humana, es decir, a la conciencia de nuestro ser, para buscar el fundamento último del derecho<sup>34</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

- 9.1. La aplicación de la responsabilidad civil derivado del divorcio, y específicamente en base a la causal de separación de hecho, implica necesariamente la verificación de la presencia de los elementos que configuran la existencia de una situación resarcible, es decir, la existencia de un daño injusto, como criterio de selección de los intereses dignos de tutela.
- 9.2. El divorcio no persigue el remedio de los males reales que el fracaso matrimonial haya producido, sino tan solo la terminación de una relación que deviene en insostenible, pero es importante recurrir a la institución de la responsabilidad civil, pues ella nos permitirá paliar cualquier tipo de consecuencia negativa que pueda producirse a causa del divorcio mismo, garantizando la estabilidad del cónyuge mas perjudicado con la separación.
- 9.3. El matrimonio es acto jurídico especial mediante el cual se funda una familia, y no le podrían ser aplicables las normas de la responsabilidad civil contractual, por cuanto los partícipes de la relación no establecen las reglas a las que se van a someter en ejercicio de su autonomía privada, sino que se someten a los preceptos previamente estipulados en el ordenamiento jurídico; por ello, también la ley puede fijar indemnizaciones en caso de ruptura del vínculo matrimonial.
- 9.4. En el divorcio por causal de separación de hecho no hay atribución de culpa, no obstante, de haberse generado un daño patrimonial o extrapatrimonial en la esfera jurídica de uno de los cónyuges, se amerita que la misma sea resarcida por el cónyuge que estuvo en mejores posibilidades de evitar el daño, siendo de aplicación un factor de atribución objetivo como el *cheapest cost avoider* del *common law*, como política del derecho, en el cual los operadores jurídicos (jueces) hacen asumir las consecuencias de los daños a quien les va a resultar mas fácil mitigarlos.
- 9.5. El daño a la persona es una categoría genérica en el ordenamiento jurídico peruano, se encuentra regulada en el artículo 1985<sup>o</sup> del Código Civil, en

---

<sup>34</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho, Bosch, Novena Edición, Barcelona, 1980, Pág. 504.

el artículo 32º de la Ley de Protección al Consumidor, y el artículo 345º-A del Código Civil; y sus desarrollos innovativos, como el proyecto de vida, han sido reconocidos por la jurisprudencia nacional, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 9.6. Para la reparación integral de los daños sufridos como consecuencia del divorcio, en general, y por la causal de separación de hecho, en particular, las categorías clásicas (daño emergente, lucro cesante y daño moral) no resultan suficientes para explicar las consecuencias del menoscabo físico, el dolor físico, el daño a la integridad somática; y tampoco explican el daño al proyecto de vida.
- 9.7. Recurrir a la tesis del ser humano como una “unidad psicosomática” constituida y sustentada en su libertad, es importante para lograr una reparación integral de los daños: El daño a la persona es el género, y tiene dos vertientes o componentes: a) Los daños que lesionan la estructura psicosomática del ser humano: Incluye el daño a la integridad somática y el daño moral; y b) Daño al Proyecto de Vida, como grave limitación al ejercicio de la libertad.
- 9.8. El criterio de la capacidad económica para fijar el quantum de la indemnización en los divorcios por causal de separación de hecho, responde a los principios de equidad y justicia, dejando de lado los estándares o catálogos, y privilegiando la distribución de la riqueza familiar, con la finalidad de mitigar los daños ocasionados.

---

**ARTÍCULOS CON MENCIONES HONROSAS**



# LOS DAÑOS: ALCANCES Y LIMITACIONES EN LAS RELACIONES DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS, RECONSTRUIDAS O FAMILIASTRAS

JUAN CARLOS CASTRO RIVADENEIRA\*

## RESUMEN:

Al no encontrarse regulada la familia ensamblada de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico civil, existe un vacío que directa o indirectamente incide en los límites de la reparación de los daños; por ello, a fin de que los estos últimos alcancen mayor operatividad y funcionalidad sería necesario de *lege ferenda* que nuestro ordenamiento jurídico civil las regule, dado que la Constitución Política del Estado en su artículo 4º reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

**Palabras clave:** Familias ensambladas, reconstruidas o familiastras; daños.

## SUMARIO:

1. Introducción. 2. Justificación. 3. Capítulo primero: la familia 3.1. La familia: concepto. 3.2. La familia a través del tiempo. 4. Capítulo segundo: los daños. 4.1. Los daños en la doctrina. 4.2. La determinación de los daños, la responsabilidad civil a la luz de la jurisprudencia civil. 5. Capítulo tercero: la familia ensamblada. 5.1. La familia ensamblada. 6. Capítulo cuarto: los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas. 6.1. Los daños y sus alcances. 6.2. Los daños y sus limitaciones. 7. Capítulo quinto: preocupaciones y soluciones a los daños en las relaciones familiares ensambladas.

## 1. INTRODUCCIÓN

El avance de la tecnología, el uso masivo de Internet, el desarrollo de los medios de comunicación, la globalización por citar algunos supuestos traen consigo cambios en un país, una región, una ciudad, una familia.

Claro está, que llevará consigo ventajas y desventajas que tendrán que ser incluidas en los cambios legislativos y en la administración de justicia a fin de propender al fortalecimiento sobre todo de la familia al constituir el núcleo fundamental de la sociedad.

---

\* Asistente de Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La familia tradicional (compuesta por un “hogar modelo” padre, madre e hijos producto de esta relación) frente a aquellas mutaciones sociales y jurídicas ha sufrido cambios en su estructura nuclear; pues, en la mayoría de casos está compuesta por personas que provienen de un divorcio, viudez o nuevo compromiso en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de aquella relación previa; la doctrina les asigna el nombre de familias ensambladas, reconstituidas, reconstruidas, familiastra; situación que no debería marginar o segregarlos como si fuesen “personas de segunda clase o categoría”. Tema que me pareció muy interesante investigar a pesar de mi vocación de “abogado penalista”. Pues representaba más que un reto; el propender al fortalecimiento de las relaciones familiares; más aún cuando de por medio existen menores de edad.

Aunque la terminología desde ya me parecía despectiva resulta imperativo, dada la poca bibliografía encontrada al respecto, realizar una investigación sobre algunos de los aspectos polémicos que esta nueva composición podría generar en cuanto se refiere a los daños: sus alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras; por cierto, constituye un tema muy apasionante para una investigación más profusa como es una tesis de maestría o doctorado.

Previamente en el capítulo primero abordaré la concepción de la familia tradicional, la familia a través del tiempo desde las hordas primitivas, en la sociedad preincaica, pasando por la colonia y república hasta el contexto actual que genera el surgimiento de las familias ensambladas; nueva clase de vínculo a la luz de lo señalado por el Tribunal Constitucional.

En el capítulo segundo tendré en cuenta la posición de la doctrina y los principales criterios jurisprudenciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, para el tratamiento de los daños según su clasificación y naturaleza; el auge de los daños al “proyecto de vida” dentro de la responsabilidad civil.

El capítulo tercero desarrollaremos específicamente los antecedentes, el concepto, los alcances, su división, características de la familia ensamblada.

El capítulo cuarto nos avocaremos a ensamblar los temas tratados en los apartados anteriores los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas.

Por último en el capítulo quinto desarrollaremos las preocupaciones y soluciones a los daños en las relaciones familiares ensambladas, tomando como base el derecho comparado.

## 2. JUSTIFICACIÓN

La importancia de esta investigación radica en analizar si nuestro ordenamiento jurídico civil y jurisprudencial brindan un tratamiento acorde a la naturaleza de las familias ensambladas en cuanto se refiere a su vinculación con la responsabilidad por daños; para ello, es ineludible analizar sus alcances y limitaciones; más aún, si se encuentra en pleno auge los daños que son inferidos al “proyecto de vida”.

Creemos que esta investigación no se agotará en estas páginas pues constituye un tema que no ha sido muy difundido por la doctrina nacional y menos aún en la Jurisprudencia expedida por nuestros órganos Jurisdiccionales Supremos y Superiores conforme a las indagaciones efectuadas, siendo de valiosa ayuda el Portal de Jurisprudencias del Poder Judicial; por ello, creemos que el tema, lo menciono académicamente, es muy exquisito para una tesis de maestría o doctorado y que aquí será desarrollado muy ampliamente pero claro está sin perder la rigurosidad que conlleva una investigación. Como se puede verificar se trata de un problema actual y latente de nuestra sociedad que esperamos sea objeto de su atención.

## 3. CAPÍTULO PRIMERO: LA FAMILIA

### 3.1. La Familia: Concepto

Conforme iremos consignando las principales definiciones, podremos verificar que los conceptos con el transcurrir del tiempo van tomando diversos elementos, modalidades que se amoldan a nuestra sociedad cambiante.

Cabanellas<sup>1</sup> la define “...La noción más genérica de la familia, en el difícil propósito de una fórmula que abarque la amplitud de sus significados y matices debe limitarse a expresar que se trata, en todos los casos, de un núcleo más o menos reducido basado en el afecto o necesidades primarias, que convive o ha convivido íntimamente y que posee cierta conciencia de unidad (...) como linaje o sangre, el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados...”. Cita a los Mazeud señalando “...Se inclinan por definir la familia como la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges, están sujetas a la misma autoridad: la del cabeza

---

<sup>1</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo III, Argentina, 1979, Pág. 331.

de familia (...) resulta de ello que la familia no comprende más que al marido, a la mujer y a aquellos de sus hijos sometidos a su autoridad; es decir sus hijos menores, solteros y no emancipados, porque la autoridad paterna cesa con la mayoría de edad, el matrimonio y la emancipación del hijo...”.

El doctor Cornejo Chávez<sup>2</sup> define a la familia indicando “...En todo caso, la significación puramente etimológica del término familia no basta para configurar precisamente su concepto. Este debe ser buscado más bien en la esencia sociológica o jurídica del fenómeno; dentro de este terreno es posible distinguir diversas acepciones que nos interesa: sociológicamente, la familia ha sido considerada como una “convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana” (Aristóteles), definición que, no obstante los términos aparentemente vagos en que está concebida, puede ser admitida como correcta. Jurídicamente, la idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada una tiene una importancia mayor o menor dentro del derecho. En sentido amplio, la familia es “el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad (...) en sentido restringido, la familia puede ser entendida como: a.- el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo los menores o incapaces). Por extensión se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse aún más cuando los hijos conviven con uno de los padres. b.- La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes y c.- La familia compuesta, que es la nuclear o la extendida más una o más personas que o tienen parentesco con el jefe de familia...”.

Mientras que el doctor Alex Placido Vilcachagua<sup>3</sup> señala “...No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia y aun otra más, intermedia. A) Familia en sentido amplio (familia extendida), en el sentido más amplio (familia como parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y parentesco; B) Familia en sentido restringido (familia nuclear) (...) la familia comprende sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde

<sup>2</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Tomo I: Sociedad Conyugal, Gaceta Jurídica Editores, Novena Edición, Mayo, 1998, Pág. 17.

<sup>3</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derecho de Familia, Editorial Gaceta Jurídica, Enero, 2001, Pág. 17.

este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica por ser el núcleo más limitado de la organización social (...); C) Familia en sentido intermedio (Familia compuesta), En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella...”.

## 2.2. La Familia a través del Tiempo

El hombre es un ser gregario por naturaleza. Por ello, para satisfacer sus necesidades vitales practicaron el trabajo colectivo repartiendo así sus responsabilidades; de esta manera, se dieron cuenta la importancia de compartir sus espacios juntos. Primigeniamente existía la promiscuidad en las parejas que posteriormente generó la horda, el clan hasta llegar a las familias monógamas.

En nuestro país la podemos dividir en<sup>4</sup>:

### a) Las Hordas Primitivas

El territorio peruano empezó a ser habitado hace unos 22 000 años, desde entonces la población vivía conformada en bandas primero y hordas después, más tarde aparecieron las tribus. La familia era consanguínea, es decir los hombres y mujeres convivían entre sí. Todos eran cónyuges, los hijos podían reconocer solo a sus madres, pero no a sus padres. No existía el matrimonio. En estas familias las mujeres administraban el grupo, pues quedaban al cuidado de los niños. Esta organización donde la mujer asume la conducción de la gens se conoce como matriarcado.

### b) La Familia en las Sociedades Pre Incas

La sociedad evoluciona y también la organización familiar, con las sociedades pre-incas las mujeres quedaban al cuidado de la vivienda. Los hijos observaban como germinaban las semillas. Se da origen al descubrimiento de la agricultura. Esto permitió cambiar sus vidas por completo, es decir se hicieron sedentarios fijando su residencia en un lugar determinado. Durante este periodo también se consolida la jerarquización social es decir la formación de las diversas clases sociales.

<sup>4</sup> PARISACA MENDOZA, Jesús. La Familia en el Antiguo Perú, Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Perú, En: [www.monografias.com](http://www.monografias.com), publicado el 23 de enero del 2004.

c) La Familia en la Organización Social Incaica

En la ciudad del Cuzco es el inca que realiza el matrimonio. La familia incaica formó parte de su ayllu que es una organización social conformada por un conjunto de familias que viven en una determinada circunscripción territorial. El inca tomaba por esposa a su hermana. Asimismo, tenía el privilegio de tener una esposa legítima, llamada coya y otras esposas secundarias llamadas ñustas.

d) La Familia en la Colonia y la República

El doctor Cornejo Chávez<sup>5</sup> señala que en la colonia se consagró el matrimonio monogámico dentro de un carácter sacramental, cuya celebración se sujeto a las formalidades del Concilio de Trento. Mientras que en la república el matrimonio era considerado como un contrato civil y natural antes que sacramental. Se establecía como consecuencia de una comprensión incompleta de los fines del matrimonio, la prohibición de contraerlo por los varones mayores de 65 años y las mujeres que hubieran pasado los cincuenta y cinco años; se eliminaba la distinción entre las diferentes clases de hijos. Manuel Lorenzo Vidaurre, tuvo un papel muy decisivo en los intentos de codificación.

e) La Familia en el Contexto Actual

Con el transcurrir del tiempo la familia nuclear (padre, mujer, hijos) está sufriendo cambios o metamorfosis; principalmente en el orden social debido al avance de la tecnología, la globalización, las migraciones, etc.; y jurídico el incremento de los divorcios; las filiaciones, entre otros aspectos han generado el surgimiento de las familias ensambladas; que imponen al Estado el reto de garantizar la vigencia de los derechos y deberes que surgen en sus relaciones internas y externas; estructura familiar que también es tomada en cuenta por el derecho comparado. Como en Argentina existió con efectos jurídicos en el caso de viudez o de separaciones sin divorcio vincular.

Nos adherimos a lo señalado por el doctor Pitrau<sup>6</sup> que resume una situación que a diario nos informan los diversos medios de comunicación "...Las familias ensambladas son grupos humanos muy dinámicos constituidas por nuevas uniones de pareja originadas en separación, divorcio o viudez, en tanto los

<sup>5</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit., Págs. 39- 40.

<sup>6</sup> PITRAU, Osvaldo Felipe. La Prestación Asistencial Alimentaria en la Familia Ensamblada; Lexis 0029/000180 o 0029/000195, Argentina.

integrantes de ella tengan hijos que provengan de otros vínculos (...) La mayor preocupación del derecho frente a este fenómeno debiera ser, en principio, la protección de los niños que “circulan” o “conviven” a veces en forma inestable en estas familias, es por ello que toma particular relevancia el tema de su guarda, asistencia y educación...”. Más aún, está relacionado a los daños que inevitablemente surgirán debido a los nuevos vínculos que se forman; aspecto que será desarrollado con mayor detenimiento en los capítulos posteriores.

#### 4. CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DAÑOS

##### 4.1. Los Daños en la Doctrina

Al causar un detrimento o daño a la persona esta deberá ser resarcida según el principio *restitutio in integrum* (reparación plena o integral) que comprenderá que la víctima deberá ser resarcida por todo el daño que se le ha causado constituye su naturaleza. El jurista Trazegnies Granda<sup>7</sup>, menciona lo declarado en una Corte Francesa y en Inglaterra “...Se cita la afirmación de Earl Jowitt en un célebre caso de daños corporales. “El gran principio general que debe regir la determinación de la indemnización... es que el juez debe otorgar a la víctima la suma necesaria para colocarla en la misma situación en que se habría encontrado si no hubiera sido herida...”. Sin embargo, sabemos que en la mayoría de casos los daños no desaparecen con el pago; más aún, aquellos casos, como los mencionaremos más adelante, donde el menoscabo surge en el seno de una familia ensamblada que en las últimas décadas sigue tomado mayor auge.

El doctor Juan Espinoza Espinoza<sup>8</sup>, haciendo referencia al daño señala que no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso. Pues el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan la lesión al interés protegido. En sustancia señala interés lesionado y consecuencias negativas de lesión son momentos vinculados entre sí, pero autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a naturaleza. Es por ello, que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas consecuencias patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Por ello se habla de un daño evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

<sup>7</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II, Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial PUC, 2003, Pág. 16.

<sup>8</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Cuarta Edición, Setiembre, 2006, Págs. 226 - 228.

Clasifica a los daños desde dos vertientes:

- a) Daño Patrimonial: Forman parte los derechos de naturaleza económica.

Que a su vez se clasifica en el daño emergente (representa la pérdida que sobreviene en el patrimonio) y lucro cesante (el no incremento del patrimonio dañado).

- b) Daño Extrapatrimonial: Tradicionalmente era entendida como aquella en la que se lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico e inmaterial).

Dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendida como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al daño moral, definido como, cita los siguientes ejemplos “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos. Y dentro del daño moral distingue al daño moral subjetivo que lo sufre de manera directa el propio sujeto y el daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva.

La doctrina clasifica los daños de la siguiente manera<sup>9</sup>:

- a) Daño cierto, cualquier daño si quiere aspirar una reparación deberá ser plenamente identificado o individualizado. No se acogerán supuestos hipotéticos. Por ello, el simple peligro no conlleva a una indemnización.
- b) Daño futuro, no hace referencia al lucro cesante sino aquel daño que no se ha producido al momento de sentenciar pero que se avizora, existe la inminencia o proximidad que se producirá como consecuencia retardada del mismo acto dañino. Por ejemplo: las secuelas pos operatorias que dejarán en el hijo como consecuencia del brutal castigo que sufrió de su “padrastró” porque le resultaba ya un estorbo.
- c) Daño indirecto, dentro de las múltiples acepciones que utiliza esta clase se adecuaría al tema pues resulta equivalente al daño extrapatrimonial que dañan intereses morales.

---

<sup>9</sup> Ibídem, Pág. 6.

- d) Daño emergente (*damnum emergens*), representará aquella indemnización que este orientada a restituir la pérdida sufrida.

También se habla del “proyecto de vida”; éste término es definido por el jurista Fernández Sessarego<sup>10</sup> “... Está íntimamente relacionado con la personalidad de cada ser humano. Hay proyectos de vida que se perciben nítidamente pues ellos responden a una honda vocación y se constituyen como la misión que cada cual se ha impuesto en su vida (...) la posibilidad que tiene cada persona de cumplir con un determinado “proyecto de vida” se halla, por consiguiente, en función tanto de las potencialidades inherentes al sujeto así como de las opciones que le ofrece el mundo en el que vive...”.

Pues las expectativas y motivaciones que una persona tiene de la libertad que goza, ontológica o fenoménica, para buscarle sentido a su vida pueden verse truncadas o frustradas con los daños que se le pueda ocasionar. Es un daño que integra el amplio y genérico concepto de “daño a la persona”. Es, tal vez, el daño más importante que se puede inferir al ser humano como es el de arrebatarle, en casos límite, el sentido o razón de ser de su vida. Hoy también se alude al daño psicológico, al daño a la salud

El mencionado jurista realiza la siguiente clasificación de los daños en general: La primera se refiere a la naturaleza del ente dañado y la segunda a las consecuencias derivadas del daño. La primera de dichas clasificaciones, que incide en la naturaleza del ente afectado por un daño distingue con nitidez, el daño subjetivo o daño a la persona, del daño objetivo, daño material o daño al patrimonio. Esta clasificación es importante en cuanto remarca que los criterios, técnicas y metodología relativos a la reparación de las consecuencias que origina un daño a la persona son diferentes a los tradicionalmente empleados por los jueces para resarcir los daños objetivos o materiales. La segunda clasificación estará referida a las consecuencias que originan los daños, tanto a los que incidan en las personas como los que afectan al patrimonio. Esta clasificación permite circunscribir que el daño a la persona equivale al daño extrapatrimonial. En el siguiente punto pasaremos a ver el tratamiento jurisprudencial.

#### 4.2. La determinación de los daños, la responsabilidad civil a la luz de la Jurisprudencia Civil

Las siguientes jurisprudencias tienen relación con el tratamiento de los daños en las relaciones familiares:

<sup>10</sup> En: *Revista Oficial Del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, Perú, 1/1, 2007, Págs. 175 - 176.

- a) “...El daño moral es el daño no patrimonial, pertenece más al campo de la efectividad que al campo económico y produce una pérdida económica y afectación espiritual; no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación. Basta que se configure el menoscabo para ser factible de indemnización; el dejar sin efecto el evento dañoso no enerva la obligación de reparar...” (Casación N° 1070-95-Arequipa).
- b) “...Pueden presentarse las siguientes situaciones: 1) Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarca dentro de la teoría denominada del “divorcio – sanción”, contempladas en los acápites primero al sétimo y décimo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; 2) Que accione ya no el cónyuge 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 treintitrés citado que se hayan justificados por la teoría conocida como “divorcio – remedio”; y 3) 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 artículo trescientos treintitrés y que también pertenece a la teoría del divorcio remedio en la que se busca no a un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales. Que en 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 treintitrés 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. Que sin embargo en busca de la protección a la familia a las normas que la regulan establecen determinados requisitos para que puedan 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 (...) 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 servicio..." (Casación N° 1512-2005/Lambayeque).

- c) Interpretando el artículo 345°-A del Código Civil señalaron: "... 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° 2576- 2004-Lima)
- d) Mientras que el Primer Pleno Jurisdiccional en el Área Civil en la Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2007, reunidos a fin de uniformizar criterios jurisdiccionales en materia de familia señalaron ¿la indemnización por daños y en caso de separación de hecho: ¿es siempre a pedido de parte o puede ser de oficio? el Pleno se adhirió a la siguiente ponencia: "...El Juez al dictar sentencia, no puede resolver de oficio una pretensión que no ha sido postulada, sobre hechos que no han sido alegados como controvertidos y menos probados, debiéndose interpretar el artículo 345-A del Cc. en armonía con el principio de congruencia (art. 7 del T.P. del Cc.) como una de las garantías del debido proceso (Casación N°. 2548-03- Lima 30/11/04 y N° 2449- 06 Cuzco: 30/11/06)..."

Como se puede advertir a pesar de existir criterios disímiles entre los órganos jurisdiccionales, de acuerdo a su grado, en cuanto a la indemnización de los daños las tendencias se centran en buscar la protección de la familia que en algún momento puede sucumbir; cuanto más si se trata de una familia ensamblada. Más aún, si en pleno auge se encuentran los daños en el "proyecto de vida" a los que hace referencia la doctrina vigente y que podría tomar diversas aristas dada la naturaleza *sui generis* de la familia ensamblada. Cabe plantearnos las siguientes interrogantes: ¿No necesitará la atención y protección del Estado? ¿El Estado se encuentra equipado legislativa y jurisdiccionalmente para afrontar ésta coyuntura social - familiar?

## 5. CAPÍTULO TERCERO: LA FAMILIA ENSAMBLADA

Como mencionaría Lorena Capella<sup>11</sup> “... La democratización de la institución familiar ha permitido que, el hecho dañino provocado por un miembro de la familia a otro, no quede reservado a la esfera de la intimidad familiar, debiendo el culpable ser sancionado en virtud de la violación de deberes familiares y consecuente vulneración del principio de no dañar (...) requiriéndose, en consecuencia, la concurrencia de de los presupuestos de la responsabilidad, antijuricidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad...”.

### 5.1. La Familia Ensamblada

Con el avance de la tecnología, los avances sociales, el aumento de los índices de divorcio, las migraciones internas y externas, la globalización, entre otros supuestos han determinado que la estructura de la llamada “familia modelo” o nuclear (donde los hijos provenían de un mismo tronco paternal) adopte una nueva denominación conforme lo determinó el Tribunal Constitucional en el caso “ Shols Pérez” Expediente N° 09332- 2006-PA/TC al ser sometida a su conocimiento una demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto consideraba que constituía una actitud discriminatoria y de vejación dada su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad. Asimismo, durante los últimos años la entidad demandada otorgó sin ningún inconveniente, el carné familiar a los hijastros considerándolos como hijos; sin embargo, mediante un proceso de recarnetización, que comprende a los socios y a sus familiares, se efectuó la entrega de los mismos solamente al titular, esposa e hija denegándose la entrega de este a su hijastra, no siendo consideraba como hija del socio. En el octavo y noveno fundamentos jurídicos señalan “...En realidad no existe acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensamblada, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa...”.

---

<sup>11</sup> CAPELLA SOLEDAD, Lorena. Un Niño Dañado. Una Familia Infeliz - Acerca de la Reparación del Daño Moral por Incumplimiento de la Funciones Parentales, Rosario, Argentina, Págs. 5 - 6.

El doctor Plácido Vilcachagua<sup>12</sup> comentando el modelo constitucional de familia y las distintas formas de convivencia de pareja señala: "...Como hemos visto, el modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. Asimismo, hemos afirmado que todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconoce completamente de sus presupuestos institucionales básicos. Podrán darse las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él; las uniones de personas que, sin poder procrear, confluyen como una unión de asistencia, compañía, afecto y socorro mutuo...".

Las doctoras Lorena Soledad Capella y Mariana Andrea De Lorenzi<sup>13</sup> señalan "...Los vocablos "reconstituida", "recompuesta", "rearmada", "transformada", hacen alusión a la familia que luego de haber atravesado una crisis, logra superarla y organizarse. Deviene acertada la denominación "familia ensamblada", entendiéndolo por tal a la "forma familiar" compuesta por dos personas que se unen en una relación de pareja, los hijos - nacidos o concebidos - de cada una de ellas y los que eventualmente provinieran de ese nuevo vínculo (...) De este concepto podemos extraer los elementos estructurales de la familia ensamblada, partimos por considerarla una forma familiar y con ello remitimos a la distinción señalada entre "familia" y "formas familiares". Esta surge de la relación de pareja - matrimonio, concubinato (...) y se complementa con la presencia de los hijos - nacidos o concebidos, matrimoniales o extramatrimoniales- de cada uno de los cónyuges, concubinos o convivientes, o de ambos. Finalmente, formará parte de este modelo familiar, la prole - matrimonial o extramatrimonial - que eventualmente provenga del nuevo vínculo, sin que éste sea un elemento sine qua non para su configuración...". El mundo anglosajón la denomina "stepfamily".

Citan a la doctora Nelida Condorí y Ana Ferreyra<sup>14</sup>, dividen a la familia ensamblada en un sentido amplio y en uno estricto, circunscribiendo el primero a la óptica psico - social y el segundo al ámbito o relación previa. En el

<sup>12</sup> La Constitución Comentada Análisis Artículo Por Artículo, Tomos I - II, Editorial Gaceta Jurídica, 2005, Pág. 343.

<sup>13</sup> CAPELLA SOLEDAD, Lorena y otra. Familia: ¿Prerrogativa Heterosexual? Proyecciones Jurídicas de la Familia Ensamblada, Rosario, Argentina.

<sup>14</sup> En su obra "La Familia Ensamblada" J.A. Tº IV, 1993, Pág. 724.

primer sentido, la conceptualizan como aquella estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa. En el segundo, la limitan a la fundada en el matrimonio en que uno de los cónyuges ya tenía hijos. Pues, sostienen que esta perspectiva limita el objeto de estudio y con ello el reconocimiento de efectos legales, a un tipo de familia ensamblada (hacen referencia a la relación homosexual como una forma de esta clase de familia) pues consideran que la familia es una sola pero presenta distintas formas familiares que constituyen aspectos de forma. Criterio último que no comparto; pues si de por medio existen menores el trauma que podría generar sería funesto, conforme lo señalan los especialistas. Pues al constituir estas relaciones homosexuales una familia ensamblada, dejan de lado el interés superior del niño consagrado en los diversos instrumentos internacionales y en el Código de los Niños y Adolescentes.

De lo anterior podemos señalar entre sus principales características:

- a) Se originan por la “ruptura” de una relación precedente, ya sea natural (muerte) o voluntaria (divorcio o separación). Es decir, surgen vínculos entre el hogar ensamblado y los núcleos familiares precedentes.
- b) Atraviesa una crisis en sus relaciones afectivas.
- c) Genera un nuevo núcleo familiar.
- d) Surgen nuevos deberes y derechos entre sus integrantes.
- e) Comparte con las distintas formas familiares la existencia de lazos biológicos.
- f) Resulta como consecuencia de una cadena compleja de transiciones familiares.
- g) Tiene influencia en las conductas, valores y representaciones sociales.

## **6. CAPÍTULO CUARTO: LOS DAÑOS: ALCANCES Y LIMITACIONES EN LAS RELACIONES DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

Como se ha desarrollado en los capítulos precedentes al existir un quebrantamiento de un interés jurídicamente protegido es necesario indemnizar al afectado de tal forma que al menos pueda o trate de sentirse como si nada hubiese sucedido.

Merece especial atención cuando el daño es producido a nivel familiar o proviene de las relaciones de convivencia, el perjudicado está en el derecho de reclamar el resarcimiento por los daños sufridos; sin embargo, pese a la frecuencia y variedad de tales hechos, rara vez llegan a compensarse

conforme a ley. También ya lo advirtió el 11 Fundamento Jurídico del Expediente N° 09332- 2006- AA "... No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado...".

Al desarrollar éste capítulo surgen dos hipótesis que nos permiten tomar como referente lo tratado en los apartados que la preceden; la primera está referida a si casi veinticuatro años de encontrarse vigente el Código Civil es necesario incorporar un rubro que regule las relaciones internas, externas, los deberes y derechos, la indemnización por los daños y perjuicios que surgen en las familias ensambladas; o si los dispositivos que regulan el derecho de familia y la responsabilidad civil son suficientes para el tratamiento de esta institución.

### **6.1. Los Daños y sus Alcances**

En el Código Civil Peruano la responsabilidad extracontractual la regula de manera genérica en los artículos 1969° a 1988°; de manera somera hace referencia a la familia en el artículo 1984° cuando prescribe la indemnización por el daño moral ocasionado a la víctima o a su familia. Pero en el libro del derecho de familia en los siguientes casos: incumplimiento de la promesa esponsalicia (artículo 240°), indemnización por oposición injustificada (artículo 257°), indemnización al cónyuge inocente (artículo 283°), responsabilidad extracontractual de un cónyuge (artículo 309°), administración del patrimonio estatal (artículo 313°), comunidad de gananciales en caso e concubinato (326°), requisitos para invocar la separación de hecho (artículo 345°-A), reparación del daño moral al cónyuge inocente (artículo 351°) alimentos e indemnización por daño moral a la madre (artículo 314°), personas obligadas a pedir la formación del consejo de familia (artículo 621°), responsabilidad solidaria de sus miembros.

Como se puede advertir de los artículos citados del Código Civil, el tenor de las jurisprudencias, el Pleno jurisdiccional de Arequipa remiten el tratamiento a las normas generales de la responsabilidad civil de acuerdo a su naturaleza contractual o extracontractual (división está que es muy cuestionada y desarrollada académicamente por el doctor Juan Espinoza

Espinoza<sup>15</sup> que no es ampliada porque no es el tema que nos convoca) de acuerdo a los daños que se puedan generar según la clasificación ya reseñada. Pues se adhieren al principio "*alterum non laedere*" que abarca la unidad del derecho civil de la cual el derecho de familia forma parte; sin embargo, el carácter absoluto debe admitir matices al enfrentarse con la variedad de casos que produce la vida y así tanto los que afirman como los que niegan el principio de la reparación del daño en las relaciones familiares, aceptando la posibilidad de excepciones y relativizan los alcances de sus respectivas posiciones en función de diversas circunstancias de la realidad<sup>16</sup>.

De esta manera, teniendo en cuenta el avance de los cambios sociales y por ende jurídicos han repercutido en un cambio significativo de la familia tradicional nuclear conforme también lo reconoció el Supremo Intérprete de la Constitución en el Expediente 9332-2006/AA Caso Shols Pérez al señalar en su Séptimo y Décimo Fundamento Jurídico respectivamente que "...Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos (...) han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear (...) consecuencia de ello es que se haya generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (...) Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone (...) es de indicar que la situación jurídica del **hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional...**" (negrilla nuestra).

Por ello, a fin de llenar el vacío advertido por el Tribunal Constitucional y uniformizar los criterios jurisprudenciales, con posiciones no sólo genéricas sino específicas en el tratamiento de la indemnización de los daños en las relaciones familiares, reforzar la predictibilidad, se debería de lege ferenda regular el tratamiento de las familias ensambladas dadas las diversas aristas, proyecciones que presenta actualmente y las que se avizoran para el futuro en nuestro país y en el derecho comparado.

---

<sup>15</sup> Ob. Cit. Pág. 9.

<sup>16</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia, Comentario de Abel Fleitas Ortíz de Rozas, En: *La Ley*, 10 de septiembre de 2003, 5 La Ley 2003 - E, 1532, Argentina.

## 6.2. Los Daños y sus Limitaciones

Teniendo en cuenta: 1) La naturaleza “sui generis” de esta modalidad de familia, 2) Que el tratamiento de los daños también se adhieren al principio *alterum non laedere*” que abarca la unidad del derecho civil de la que el derecho de familia forma parte; pero conforme lo advertimos también admite excepciones dadas las diversas situaciones que se presentan en la realidad.

En tal sentido, al no encontrarse regulada de manera expresa la familia ensamblada en nuestro ordenamiento jurídico civil existe un vacío que directa o indirectamente incide en los límites en la reparación de los daños.

Las doctoras Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta<sup>17</sup>, haciendo referencia a la familia ensamblada señalan “...En la sociedad contemporánea se pueden observar distintas formas familiares. Esta diversidad implica que el concepto de familia ya no puede basarse en un modelo único fundado en la existencia de la familia nuclear intacta asentada sobre el principio de indisolubilidad del matrimonio, sino que crecen, cada día en mayor medida, otras configuraciones familiares en los cuales se cumplen funciones de socialización de modos distintos a los núcleos intactos (...) la primera pregunta que uno debe formularse es si el incremento de las familias ensambladas implica una demanda para que el derecho las contemple en su regulación (...). Como no pensar en los modos en que la sociedad puede cooperar para que estos núcleos sean matriz del desarrollo sano de los menores que crecen en estas familias. Consideramos que la falta de normas adecuadas que regulen las relaciones en estas familias produce una ambigüedad en los roles de sus integrantes que incide seriamente en la estabilidad de los nuevos hogares (...) el derecho debe asegurar un estatuto legal básico que afirme los principios de solidaridad, cooperación y responsabilidad en el funcionamiento de la familia ensamblada. Propiciamos que las legislaciones incluyan un título especial donde se regulen los derechos y obligaciones entre un cónyuge y los hijos del otro, con la precaución que se respeten íntegramente las facultades y responsabilidades que los padres biológicos tienen hacia sus hijos...”.

Por ello, a fin de que los daños alcancen mayor operatividad y funcionalidad sería necesario de *lege ferenda* que nuestro ordenamiento jurídico civil regulen a las familias ensambladas; dado que la Constitución Política del Estado en su artículo 4º reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Aspecto que también viene propiciándose en el derecho comparado.

<sup>17</sup> GROSMA P. Cecilia y otra. La Familia Ensamblada. El Vínculo entre un Cónyuge y los Hijos del otro, Argentina.

## 7. CAPÍTULO QUINTO: PREOCUPACIONES Y SOLUCIONES A LOS DAÑOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES ENSAMBLADAS

Dadas las preocupaciones señaladas en los capítulos precedentes propongo las siguientes propuestas:

- a) Al presentar diversas aristas si no se encuentran debidamente delimitados los nuevos deberes y derechos que surgen entre sus integrante podría generar una inestabilidad emocional donde los menores son los más perjudicados.
- b) A fin de fortalecer los vínculos externos e internos de esta modalidad de familia nuestro ordenamiento jurídico tendrá en cuenta de "*lege ferenda*" se tomarán como base el Código Civil Chile, acogiendo las partes pertinentes, que prescriben:

Artículo 31º: Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer.

La línea y el grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad, en la línea transversal, con los hermanos de su mujer.

De las Segundas Nupcias

Artículo 124º: El viudo o viuda que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título.

Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial.

Artículo 125º: Habrá lugar al nombramiento de curador aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo.

Artículo 126º: El Oficial del Registro Civil correspondiente no permitirá el matrimonio del viudo o viuda que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que el viudo o viuda no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría.

Artículo 127º: El viudo o viuda por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 124º, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado.

Artículo 128º: Cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad.

Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer.

Artículo 129º: El oficial del Registro Civil correspondiente no permitirá el matrimonio de la mujer sin que por parte de ésta se justifique no estar comprendida en el impedimento del artículo precedente.

Artículo 130º: Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial de conformidad a las reglas del Título VIII, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias. Las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos serán decretados si así se solicita.

Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido.

- c) Los magistrados no deben fijar con un criterio genérico las reparaciones pues deberán estar fijadas en relación con las diversas modalidades de daños al ser humano y sobre todo considerando el referido al “proyecto de vida” en relación con la familia ensamblada. Pues si bien es cierto,

existiendo aún, por el momento, un vacío legislativo no es óbice para que merezcan especial atención al momento de resolver.

- d) Para concretar la conclusión anterior los abogados también deben contribuir con individualizar, acreditar su petitorio y no seguir sustentando su pretensión por todo concepto.
- e) A fin de uniformizar los criterios jurisprudenciales, seguridad jurídica se deberá continuar desarrollando los plenos casatorios, plenos jurisdiccionales a nivel nacional y regional. De esta manera, se continuará materializando la predictibilidad.

# EL DAÑO EN CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE HUANCAMELICA: PROPUESTA PARA SUPERAR

NOÉ ÑAHUINLLA ALATA

## RESUMEN:

Además de los problemas estructurales, en Huancavelica, el acentuado machismo, la mentalidad de la preeminencia y prerrogativas del hombre sobre la mujer –percibidos con mayor nitidez en la zona rural- más las necesidades y carencias en las ciudades para el migrante provinciano, se traduce de alguna manera en los conflictos a nivel del seno familiar. El tratamiento y prevención de los casos de violencia familiar no son suficientes para solucionar la problemática, dada su ineficacia real en la familia afectada, constituyéndose en casi un formalismo. Asimismo, dicha problemática se ve agudizada en el caso de los residentes en las zonas más apartadas, los cuales no tienen acceso a las ventajas que de alguna manera se encuentran en las ciudades. Por ello, se sugiere complementar y desarrollar de manera coordinada y orgánica todas las actividades y procedimientos de las diferentes entidades públicas, así como de las privadas que tienen participación en el tema, como por ejemplo: que el juez competente no se encasille totalmente en su despacho judicial; la posibilidad de que éste pueda disponer de oficio actuaciones judiciales fuera de su despacho; que el juez pueda atender en forma personal a las víctimas e incluso al victimario; que posea conocimiento más cercano sobre la realidad, causas y problemas que genere la violencia familiar; que tenga conocimiento del quechua o sea quechua hablante; que comprenda su realidad social, individual, carencias, forma de pensar, limitaciones, entre otros.

**Palabras clave:** Daño, Violencia familiar, Huancavelica.

## SUMILLA:

1. A manera de introducción. 2. La jurisdicción competente en los procesos de violencia familiar en el distrito judicial de Huancavelica. 3. El panorama social de la violencia familiar en Huancavelica. 4. El tratamiento judicial actual de los casos de violencia familiar. 5. Labor creativa en lo que respecta al Poder Judicial. 6. La labor que le correspondería al Gobierno Central, Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Ministerio de Salud, gobiernos locales e instituciones privadas. 7. Conclusión.

## 1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

De acuerdo a los estudios sociales y de carácter económico, estadísticas oficiales de los organismos estatales pertinentes, se tiene conocimiento que la Huancavelica, junto a Apurímac y Ayacucho, tiene el triste privilegio de ser

considerados como las zonas de mayor índice de pobreza en nuestro país. Además de compartir dicha desventura y no menos desalentadora categorización, tienen elementos comunes y afines como el hecho estar unidos geográficamente dentro del trapecio andino, hablar el mismo quechua denominado ayacucho-chanca -dentro de las variedades del quechua-, la música, costumbres y los mismos problemas sociales.

Dentro del contexto antes señalado, uno de los problemas sociales que aqueja de manera acentuada y creciente en Huancavelica -al igual que en el mundo y nuestro país- son los actos y conductas de violencia familiar en el que las víctimas generalmente es la mujer, los niños y las niñas, las personas mayores, etc. con graves consecuencias en el entorno familia, a pesar de que dicha problemática es objeto de discusión, prevención y protección por instancias supranacionales, del Estado y de toda la sociedad, mediante los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

La protección señalada, es resultado de una preocupación general y resultado de las recomendaciones de los diversos Congresos y certámenes de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente en relación a la violencia en el hogar; del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos; labor y preocupación que en nuestro país ha conllevado a la promulgación del Texto Único de Prevención de la Violencia Familiar, Ley No. 26260 del 24 de diciembre de 1993, con las adecuaciones del caso, mediante el cual se diseña la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar; norma legal que ha sido modificado y adecuado permanentemente, a la vez complementado con las actividades de capacitación, actualización y la creación de Jueces especializado de Familia o Mixtos en las provincias de la referida región.

Sin embargo, la batalla para aminorar, superar el problema de violencia familiar en esta parte del Perú (Huancavelica), no está dando los resultados esperados, los que a mi criterio, entre otras causas, tiene relación con la legislación vigente en la materia, la política y práctica jurisdiccional, así como la función de los señores Fiscales en los casos de violencia familiar.

La preocupación por este tema, es que me anima a mostrar la problemática de la violencia familiar, en una parte de la región: la Provincia de Huancavelica. Haré mención de la aplicación de la Ley No. 26260; cómo vienen desempeñando sus funciones la Policía Nacional, el Fiscal de Familia, los Jueces especializados de Familia y Mixtos en los procesos de cese de violencia familiar; cual es el impacto de las decisiones jurisdiccionales; al final de ellas las propuestas que de alguna manera podrían ayudar en el citados problema familiar y social.

## **2. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCAVELICA.**

La interrogante será: cómo conozco dicha realidad. Primero por asumido competencia y responsabilidad en procesos de violencia familiar, en los últimos años como verificador y evaluador de dichos procesos como Magistrado contralor, en las visitas que venimos realizando al Juzgado de Familia y Juzgados Mixtos de la Corte de Huancavelica. A reglón seguido va la historia y la preocupación.

La provincia de Huancavelica, cuenta con un Juzgado de Familia desde 1992, órgano jurisdiccional que, a partir del mes de Julio de 1999, recién asume competencia exclusiva en la materia, ya que antes de la indicada norma legal, por la Primera Disposición Final del Decreto Supremo N° 006-97-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Familiar, se dispuso que excepcionalmente y cuando la carga procesal o la realidad del Distrito Judicial lo justifiquen, el Poder Judicial o el Ministerio Público a través de sus órganos de gobierno podrá asignar competencia para conocer demandas de violencia familiar a los Juzgados de Paz Letrados.

En el caso del Distrito Judicial de Huancavelica, concordante con la citada disposición final, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial de entonces, con Resolución Administrativa No. 680-CME-PJ, asigna competencia a diversos Juzgados de Paz Letrados en 7 Distritos Judiciales del país, para que éstos asuman competencia en los casos de protección de violencia familiar. Uno de los órganos designados para dicha función fue el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancavelica.

El responsable de este trabajo, asumí el cargo de Juez Suplente del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancavelica en el mes de Junio de 1999; en la que, con el único Secretario con que se contaba en ese entonces, decidimos realizar una labor creativa, activa como director del proceso ante los conflictos de violencia familiar que se ventilaban ante el citado Juzgado de Paz Letrado.

Ejerciendo actualmente a dedicación exclusiva el cargo de Magistrado Contralor como Presidente de la Comisión Distrital de Control de la Magistratura, en las visitas que realizamos al Juzgado de Familia de Huancavelica, con competencia en los procesos de Violencia Familiar, se advierte cierta desidia, falta de compromiso y excesivo ritualismo en el trámite de los mismos, actuación formalista que de alguna manera también daña a las partes procesales en especial a las agredidas, dando la impresión de que el sistema judicial no está dando la respuesta adecuada sobre la violencia familiar.

Por ello, la necesidad de compartir mi experiencia en el tema, por cuanto el tratamiento directo de las dificultades, particularidades, deficiencias del problema social en la región, no solo precisa de la legislación pertinente, sino también de la actuación de Magistrados activos, competentes e idóneos en dicha área, así como de un esfuerzo conjunto de la sociedad, de las entidades públicas, privadas, en especial del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, del Ministerio de Salud, INABIF, etc.

La intención es que los que ejercen la judicatura en estos tiempos, con competencia en Violencia Familiar, puedan tener en cuenta de alguna manera, nuestra experiencia de haber tramitado y conocido directamente el tratamiento de esta problemática social, de los esfuerzos que desplegamos en 1999 el Magistrado y Secretario del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancavelica, en la búsqueda de dar solución a los conflictos de violencia familiar, con los medios y alternativas que se dispone para la composición familiar, la que aparentemente no se logrando, generando con ello perjuicio, daño a la familia.

En nuestro caso, reitero, fue una labor creativa, diseñamos y se hizo efectivo medidas y mecanismos legales imaginativas; no faltaron críticos que nos tildaron de estar contraviniendo el principio constitucional del debido proceso, que finalmente, desde mi punto de vista dieron resultados halagadores y reconocidos por los protagonistas de la violencia social y por la ciudadanía que conoció de nuestra labor.

En las líneas que sigue, es una formulación de ideas, sugerencias y acciones que pueden ser tomados en cuenta y de ser posible implementarse para apoyar las medidas de prevención tanto policial, fiscal, judicial, social, educativo, asistencial aplicables en zonas o regiones de extrema pobreza de nuestro país como Ayacucho, Apurímac y Huancavelica- las que también pueden ser tomadas en cuenta si son viables en otras zonas- en especial andinas de nuestro país.

### **3. EL PANORAMA SOCIAL DE LA VIOLENCIA FAMILIAR EN HUANCAMELICA**

Además de los problemas estructurales, en especial los socio-económicos que inciden de alguna manera sobre las causas o razones que generan la violencia intrafamiliar, como pueden ser las condiciones humanas de existencia en cuanto a salud, vivienda trabajo, educación y la crisis estructural que atraviesa nuestro país, a pesar de los años de bonanza y crecimiento económico que

no siempre se revierte o llega a las zonas rurales, en Huancavelica, un aspecto que incide de una u otra forma es el acentuado machismo, la mentalidad de la preeminencia y prerrogativas del hombre sobre la mujer, las que se percibe con mayor nitidez en la zona rural.

Esta concepción machista de la relación de pareja, con los hijos y los demás miembros de la familia, en muchos casos ha sido trasladado de las zonas rurales a la ciudad, con el fenómeno social de la migración de nuestros compatriotas a la capital de la República y a las ciudades capitales de departamento como Huamanga, Abancay, Huancavelica, Huancayo; agravados fundamentalmente por el hecho de que estas zonas fue el escenario directo de la violencia política desatada en las dos décadas pasadas; en otros casos, también por el desplazamiento migratorio del campo a las ciudades en la búsqueda de mejores condiciones y oportunidades de vida.

Lo señalado antes, más las necesidades y carencias en las ciudades para el migrante provinciano, para el nuevo habitante del área urbana, se trasluce de alguna manera en los conflictos a nivel del seno familiar, las que en muchos casos son generados por los problemas económicos, la falta de ingresos y oportunidades para satisfacer las necesidades de la familia, las dificultades para acceder en igualdad de condiciones a los servicios de educación, salud, ingresos económicos, actividades culturales y recreativos, dando lugar a que, los componentes de la familia: padres e hijos, busquen formas de escape a sus problemas familiares, económicos y sociales como puede ser el grave problema de alcoholismo, delincuencia y pandillaje pernicioso, predisposición a la riña, los conflictos dentro del seno familiar y con los integrantes de la sociedad.

El panorama antes señalado, se evidencia y advierte en los permanentes casos de violencia familiar que son puestos en conocimiento de la jurisdicción. Violencia intrafamiliar que, cuando son denunciados en la ciudad de Huancavelica, en primer término, los puede conocer y participar la Policía Nacional, ente que realiza las diligencias del caso, recibe manifestaciones, prepara el Atestado Policial que después de varios es derivado a la Fiscalía Provincial de Familia. En otros casos las víctimas, por las campañas de difusión y prevención que vienen realizando organismos públicos, Defensoría del Pueblo, Organizaciones No Gubernamentales (en adelante ONGs) y otros colectivos, a través de eventos, actividades, difusión por los medios de comunicación de las funciones de prevención que les compete al Fiscal Provincial de Familia, se constituyen directamente a éstos, quienes ejercen su cargo en las capitales de departamento, así como en las capitales provincias.

Por otro lado, está un segmento de la sociedad que no tiene la posibilidad de acceder sin dificultad a los servicios de administración de justicia, al Ministerio Público o a la Policía Nacional. Ellos son los ciudadanos que residen en las zonas rurales, el campo y por ende lejos de la ciudad. En muchos casos, teniendo en cuenta que en la región andina, cada pueblo generalmente cuenta con un Juez de Paz, son ellos los que pueden asumir competencia de manera preventiva en casos de violencia familiar, para luego poner a disposición del Ministerio Público o a la Policía Nacional.

Por ello, residir en la capital de la República, así como las principales ciudades de nuestro país como es el caso de la ciudad de Huancavelica, de alguna manera es una ventaja para las víctimas de violencia intrafamiliar tener cerca o facilidades para acceder a las entidades citadas para poner en conocimiento de éstas y denunciar los actos de violencia familiar.

De otro lado, el tratamiento y prevención de estos casos no puede ceñirse solo a medidas de carácter legal, dispuesta en las normas que regulan la violencia citada, las normas procesales aplicables supletoriamente. A mi criterio, éstas deben ser complementadas con un adecuado y efectivo seguimiento y tratamiento social, psicológico y educativo; al que debe tener acceso, en especial a las víctimas que residen en lugares alejados a las ciudades.

En los casos que logran ser judicializados, las víctimas que generalmente son la esposa, hijos, con mucho esfuerzo y venciendo dificultades geográficas y medios de transporte acuden a los Juzgados de Familia tras horas de caminata, con los costos de traslado, alimentación, hospedaje y retorno, esfuerzo desplegado con la esperanza de la búsqueda y consecución de una solución legal a los citados conflictos.

Reiteramos que, ante el problema social referido, las decisiones o medidas judiciales no lo es todo, muchas veces no es suficiente para solucionar la problemática, requiere un seguimiento, participación de la comunidad, del Estado a través de sus instituciones que tienen relación con la familia; por lo mismo, se requiere apoyo multidisciplinario similar al que recibe un imputado sentenciado dentro de los establecimientos penitenciarios, que, como sabemos no es la óptima pero es un esfuerzo a mejorar en el futuro. Ese apoyo será importante teniendo en cuenta que las causas que originan o determinan los actos de violencia doméstica tienen una base de índole social, individual, traumas psicológicos, vicios en los que han caído los partícipes de la problemática.

#### 4. EL TRATAMIENTO JUDICIAL ACTUAL DE LOS CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR

La víctima o víctimas al ser agredidas física o psicológicamente, en salvaguarda de su integridad y constituyendo actos de violencia familiar, tienen expedita para acudir ante la Policía Nacional dando cuenta de la conducta, éste deriva al Fiscal de Familia o Mixta; en otros casos los conoce directamente, ya sea por escrito o recepción de la denuncia mediante Acta.

El Fiscal Provincial de Familia tiene amplias facultades concedidas por el ordenamiento jurídico en los conflictos de violencia familiar, en las que puede ahondar las investigaciones, disponer medidas urgentes para el cese de la agresión, así como para prevenir y evitar la violencia. En la práctica fiscal lo que emiten es un Acta de Aplicación de Medida de Protección, en la que disponen el “Impedimento de Acoso y Violencia del agresor a la víctima”, un documento que no tiene trascendencia práctica, que no garantiza la no continuación de actos de violencia. Posterior a ella, en salvaguarda de la víctima, interponen las demandas de violencia familiar ante el Juzgado de Familia.

La actuación Fiscal señalada, es uno de los momentos o espacios en la que el Estado no atiende adecuadamente los casos de violencia familiar, el formalismo, el clásico trámite burocrático, que generalmente es de varios días, va dando lugar a que no haya una respuesta efectiva y oportuna a la problemática. Los agraviados van cayendo en una especie de cansancio legal, primero la policía, luego la Fiscalía y posteriormente el Juzgado que corresponde, a dónde muchos ya no asisten a las audiencias que los citan.

Los agresores- que generalmente son los esposos, padres- al ser emplazados con la demanda, que por la carencia de un sistema de notificación efectiva del Poder Judicial en zonas rurales, algunos- por decir la mayoría- al no contar con recursos económicos no acceden al patrocinio de un abogado; se les declara en rebeldía, que es la situación procesal de no ponerse a derecho y ejercer su defensa ante la pretensión contenida en la demanda. En algunos casos, los agresores al tomar conocimiento sobre su situación legal y las consecuencias de la rebeldía acuden a la audiencia en la que deben participar además del Juez el agresor la víctima y el representante del Ministerio Público.

Si se da la concurrencia de las partes procesales a la referida audiencia, en ella es factible llegar a establecer con los participantes medidas y acuerdos preventivos y el cese de todo acto o hecho que implique violencia familiar,

aparejado de medidas de orden medico, psicológico, asistencial, que son básicos para dar sustento a la decisión judicial.

En los casos en que no concurre el demandado, que es lo común, el Juez previo dictamen del Fiscal de Familia, emite la respectiva Sentencia estableciendo si se ha dado los actos de violencia familiar, el responsable o responsables, así como las medidas pertinentes para la protección de los agraviados, entre ellas el cese de la violencia, alejamiento del hogar del agresor si el caso amerita, la pensión de alimentos, un régimen de visitas para con los hijos, etc.; con los respectivos apercibimientos en caso incumplimiento de la decisión judicial.

Si bien está la sentencia del Juez de Familia, que declara fundada en casos probados, el cese de la misma, la prohibición de cualquier forma de acoso o violencia, que la Defensoría de Oficio asuma la defensa gratuita de la agraviada en caso lo requiera, la protección policial que se debe brindar a la agraviada, que entre las partes procesales se propicie un clima de respeto y relación de armonía, la concurrencia al Psicólogo del sector Salud, así como abone una ínfima suma de dinero por concepto de reparación del daño y visitas inopinadas por la Asistente Social adscrita al Juzgado, no tiene la eficacia real en la familia afectada, es casi un formalismo; ya que en la práctica, dichas decisiones judiciales no pueden ser materializadas. De ahí se afirma que la legislación vigente y la práctica fiscal y judicial no es la idónea, la adecuada, que esté coadyuvando a superar la problemática.

En el contexto antes referido, dentro del procedimiento judicial de la violencia familiar es necesario proponer ideas, sugerencias para complementar y desarrollar de manera coordinada y orgánica todas las actividades y procedimientos de las diferentes entidades públicas, así como de las privadas que tienen participación en el tema, por decir las ONGs, colectivos, mesa de concertación contra la violencia familiar, etc.; con medidas de carácter preventivo para evitar en lo posible la continuidad de dicha conducta agresora, en especial en las zonas y lugares apartados y distantes de nuestro país, para lo cual me permito proponer tareas y proyectos para algunas entidades del sector público relacionadas con la Violencia Familiar.

## **5. LABOR CREATIVA EN LO QUE RESPECTA AL PODER JUDICIAL**

En primer lugar, por el tratamiento especial que merece los casos de violencia familiar, el Juez competente -Juez especializado de Familia- o el Juez Mixto en los casos de los Juzgados Mixtos de Angaraes, Acobamba y Castrovirreyna que conforman el Distrito Judicial de Huancavelica, éstos no deben

encasillarse totalmente en su Despacho Judicial, que es lo común, ya que por costumbre, así como por lo establecido en las disposiciones legales, normas procesales, como puede ser también por las diligencias programadas, la pesada carga procesal que algunos juzgados tienen que soportar, ha dado lugar a que el Juez permanezca mayormente en su Despacho, resolviendo, estudiando y despachando los expedientes judiciales a su cargo, llevando a cabo las audiencias programadas en los diversos procesos judiciales, etc., con un horario apretado para atender a los Abogados patrocinantes, peor aún para los justiciables.

Creemos que el Magistrado a cargo de los casos de Violencia Familiar, sin afectar el debido proceso, de manera creativa en el tratamiento y solución de este problema, por el principio de inmediatez, no sólo debe ceñirse a la actuación judicial sólo en el Despacho, sino fuera de ella, realizando actividades tendientes a una eficiente labor en la materia en los siguientes aspectos:

- 5.1. La posibilidad de que –en los casos que amerite- pueda disponer de facultades y facilidades para poder disponer de oficio actuaciones judiciales fuera de su Despacho. Esto es factible, por la gravedad de los casos de violencia intrafamiliar, como puede ser el de realizar Inspecciones Judiciales, visitas inopinadas en los hogares de las partes procesales, de los justiciables y verificar in situ la realidad de la familia involucrada en el proceso de violencia física o psicológica y disponer conforme a la situación que verifica, las medidas preventivas y cautelares del caso.

Se dirá qué razón exige lo señalado en el párrafo precedente, es lo siguiente: el hecho de que en el Despacho Judicial, en la Audiencia respectiva, generalmente el victimario, el agresor trata de minimizar los hechos, en muchos casos busca sorprender al Juez manifestando de que su esposa o conviviente, la víctima exagera los hechos, que su conducta ilegal fue a consecuencia de haber estado en estado de embriaguez, por provocación de la agredida, que no es tan grave la situación o acto demandado, que se compromete a cesar la conducta agresiva, entre otras justificaciones. Esta aparente situación de tranquilidad, el “reconocimiento de su responsabilidad y otros, en muchos casos no es tan cierto como pretenden hacer creer al Magistrado en su despacho.

Por experiencia, puedo señalar que es diferente la conducta del victimario dentro de un Juzgado, otra en su entorno social y familiar. Existen casos, en que el agresor, como represalia de haber sido emplazado ante la jurisdicción, después de salir del Juzgado, ya en su hogar o en la calle

muchas veces amenaza, agrede, ofende, se desfoga, maltrata psicológicamente a la demandante, a sus hijos por haberle llevado a los estratos judiciales. Ante esta situación qué hace la víctima: en algunos casos regresa al Juzgado a quejarse de que sigue la misma situación de maltratos y actos de violencia familiar. En muchos casos, lo que se ha recomendado, que acuda nuevamente a la Fiscalía Provincial de Familia o a la Policía Nacional por un nuevo caso de violencia familiar. La pregunta es: dónde está la eficacia de la sentencia judicial.

En nuestra experiencia, con el Secretario del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancavelica, atendiendo el clamor de las víctimas, los casos reiterativos, realizábamos las visitas inopinadas para constatar los hechos, en domicilio o lugar donde viven, como viven, como está constituido la familia, averiguar con los vecinos sobre la familia con problemas de violencia familiar, para de esa forma tener mayores elementos de juicio para resolver el conflicto; en algunas ocasiones se encontraba al victimario, de no encontrarlo se le cita al Juzgado para que informe su comportamiento. Esta demás decir que el Magistrado ya no será sorprendido ni mucho menos engañado de la situación real de la familia.

- 5.2. Los involucrados en los procesos de violencia familiar, especialmente la víctima, muchas veces no tiene Abogado patrocinante, principalmente por el factor económico, los índices de pobreza en la región andina, las limitaciones de acceso a la justicia, por ello es que, cuando la demanda ha sido interpuesto por intermedio del Fiscal Provincial de Familia o Mixta, la agredida tiene cierta reticencia para acudir nuevamente al Fiscal para que pueda presentar nuevos escritos o pedidos, o como puede ser para informarle de la continuidad de los actos de violencia familiar del que es objeto.

En situaciones descritas es necesario e importante que el Juez de Familia pueda atender conforme a la disponibilidad de su tiempo en forma personal a las víctimas, incluso de ser necesario al mismo victimario, para que informe sobre su familia y escucharle sobre lo que ocurre en el entorno familiar, sobre la posibilidad o actos reales de la continuación de graves actos de violencia que pudiera estar sucediendo.

De igual forma, también los demandados por la carencia económica no pueden contestar la demanda, ya que para ello debe contar con el asesoramiento de un Abogado, pagar la tasa judicial por ofrecimiento de

pruebas. En muchos casos, éstos piden exponer ante el Juez sobre los hechos por el que ha sido demandado y solicitan que se señale la Audiencia donde puede defenderse de los cargos formulados, exponer las causas, las razones que conllevan a la crítica situación familiar, así como la ayuda que precisan.

De no darse esa posibilidad de entrevistarse, de acceder en forma directa con el Magistrado, generará posiblemente la situación jurídica de rebeldía, de emitirse la decisión final, una vez vencido los términos y sin la posibilidad de haber ofrecido su versión y las pruebas sobre los hechos, que en algunos casos ha llevado al extremo de desconocer las medidas que puede haberse dispuesto en la Sentencia Judicial, por la presunta afectación al debido proceso.

En el Juzgado de Paz Letrado en el que tenía competencia en los procesos sobre Violencia Familiar, haber plasmado en muchos casos la relación directa con los justiciables, ha dado buenos resultados. Se tiene un conocimiento más cercano sobre la realidad, las causas y problemas que genera la violencia familiar. Algunos victimarios reconocen su responsabilidad, señalando que en parte se dan por efectos de alcohol, falta de trabajo, supuestas infidelidad de la pareja, indiferencia de la víctima, de los hijos para superar sus problemas. Escucharlos, conocerlos y tratarlos es una forma de resolver estos conflictos con mejores elementos de juicio.

- 5.3. Para poder conocer y tratar de manera directa a los involucrados en el proceso, en zonas alto andinas como Huancavelica, por la población mayoritariamente quechua hablante el Juez debe saber, conocer o en todo caso debe ser quechua hablante. En mi caso, fue una ventaja ser natural del distrito de Cotarusi (Apurímac) donde mi primera lengua fue el quechua, me ha permitido comunicarme sin dificultades con los justiciables que no se desenvuelven bien con el idioma castellano, lo que les da confianza para exponer sobre los hechos, sus motivaciones, lo que no se logra con un Magistrado, un Secretario Judicial que no entienda o no hable el quechua de la zona. Así como es importante lo señalado en el párrafo anterior, es importante comprender su realidad social, individual, sus carencias, su forma de pensar, sus limitaciones, su forma de vida, etc., que muchas veces para un extraño, para alguien que no conoce dicho medio y realidad, de alguna manera pretenden soslayarlos por prejuicios sociales, por la recargada labor, lo reiterativo de los casos, etc.

## **6. LA LABOR QUE LE CORRESPONDERIA AL GOBIERNO CENTRAL, MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLO SOCIAL, MINISTERIO DE SALUD, GOBIERNOS LOCALES E INSTITUCIONES PRIVADAS**

El Estado y la sociedad atendiendo la realidad de violencia familiar además de la expedición de la normatividad para proteger la familia, ha implementado medidas educativas, sociales, preventivas, asistenciales, preferentemente utilizando los medios de comunicación en el tema desarrollado. En estas campañas los que mayormente se benefician de ello son los ciudadanos de la capital y de las ciudades más importantes del país, ya que en las zonas rurales no se tiene la misma facilidad de acceso a los medios de comunicación.

En el trabajo judicial, entre las medidas que se dispone en la Sentencia, como hemos señalado ya, además de cese de la Violencia Familiar, puede ser el alejamiento del hogar del victimario en casos graves, la pensión de Alimentos a favor de las víctimas o incluso un monto de resarcimiento a favor de los agraviados; paralelamente se dispone el tratamiento y ayuda integral para los agraviados como para el victimario, entre éstas apoyo de asistenta social, psicológico, medico, educativo, etc.

Para obtener el resultado que propugna la norma jurídica, como una forma de regular la conducta humana, regular las relaciones sociales, la convivencia y paz social, la prevalencia de la familia, es de suma importancia propender, disponer los medios necesarios, los recursos humanos, participación activa del Estado y de la sociedad para que las decisiones judiciales y en especial la sociedad logren resultados que beneficien al entorno familiar involucrados en la violencia domestica.

En el caso de Huancavelica, atendiendo al incremento de los casos de violencia familiar en los últimos años, la única Asistenta Social que trabaja en la Corte Superior, a pesar de sus denodados esfuerzos que realiza, no se da abasto para poder evaluar y atender los innumerables casos que se le deriva en el trabajo diario de atender el ceses de violencia familiar.

Estamos hablando solamente de los casos de la ciudad de Huancavelica, dicho servicio no llega a los casos que provienen de las zonas rurales. Se tiene que tener en cuenta que ellos acuden al Juzgado con horas de caminata para estar presente en las diligencias judiciales, dejando las labores del campo y del hogar; concluidas las audiencias judiciales, muchos de ellos por la distancia y las dificultades para retornar a sus hogares, no disponen ni menos tienen la oportunidad de acudir a una sesión con la Asistenta Social o con un médico o un psicólogo.

Por esta realidad, existe la necesidad de que el Estado, en especial el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, el Gobierno Regional y Local el Ministerio de Salud y las organizaciones no gubernamentales que tienen la obligación, el trabajo y preocupación sobre la violencia en la familia, tienen que reformular su labor, su trabajo, su participación, sus proyectos y propuestas para la prevención y recuperación del entorno familiar afectado por estos casos.

Es necesario, por ejemplo de que se implemente y constituya grupos de profesionales con especialización en el tratamiento y seguimiento de núcleos familiares afectados por la violencia intrafamiliar, los que pueden estar conformados por médicos, asistentes sociales, psicólogos, educadores y otros, que de manera independiente o en todo coordinando con las entidades estatales puedan trabajar en campañas preventivas, educativas, sociales dentro de la ciudad, así como proyectarse de manera itinerante hacia las comunidades campesinas y lograr un acercamiento a los que realmente necesitan de estos equipos de profesionales.

Lógicamente para ello requiere inversión, depende del aspecto presupuestario, qué cartera o institución es la que puede asumir la conformación del referido equipo profesional. Atendiendo al servicio que prestan, debe recurrirse exclusivamente al sector Salud, o en todo caso el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, para que puedan prestar servicios con el equipo de profesionales; incluso posibilitar que los futuros profesionales de salud apoyen como parte del Servicio Social de Graduandos.

Igualmente es necesario la participación de Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), los gobiernos locales con la implementación de centros de acogida a las víctimas de violencia familiar, que hasta la fecha no se cuenta en la región, a excepción de la ciudad de Huancavelica que cuenta con una Comisaría Policía Nacional del Perú de Mujeres, mas no la demás provincias y distritos donde no llega la presencia estatal para estos casos.

Lo señalado tendría relación además de que en los casos en las que el Magistrado por sus funciones conozca de estos procesos por las demandas interpuestas, cuando en sus resoluciones se recomiende el tratamiento del victimario y de las víctimas con la participación del grupo de profesionales sugerido; de estar conformado y trabajando estos grupos de profesionales, se tendría la posibilidad de que los justiciables tengan la atención oportuna para el tratamiento de los problemas sociales que puede estar pasando una determinada familia.

En muchos casos de violencia familiar el agresor asume y reconoce su responsabilidad, sabe que las causas del problema familiar pueden superar, mejorar, necesitan ayuda, por eso muchos piden el apoyo profesional, buscan rehabilitarse por ejemplo del problema social del alcoholismo, el machismo mentalizado y culturalmente afincado en zonas como Huancavelica, la carencia de profesionales, la ayuda profesional inmediata que no está a la mano, mas las carencias económicas y sociales del poblador andino, hace que en muchos casos no se avance en la lucha frontal contra la violencia intrafamiliar.

Esta realidad dramática, viene minando el entorno familiar, de una evaluación general se puede colegir que no se ha avanzado en la política de lucha frontal contra la violencia intrafamiliar, entre ellas por la normatividad que no es la adecuada, la falta de compromiso de los fiscales y jueces que no están comprometiéndose con el problema social, además del formalismo, la dilación y trabas de la práctica judicial arcaica, viene generando una respuesta no acorde con la magnitud de la violencia familiar, en el que los perjudicados son la familiar, la sociedad; por lo que se requiere rediseñar una política social y judicial acorde al momento.

## 7. CONCLUSIÓN

Los problemas sociales, familiares tienen menor o mayor incidencia de acuerdo al contexto socio económico de las diferentes zonas de nuestro país; por lo mismo que hay sectores que de alguna manera están beneficiados en cuanto a prevención, tratamiento y lucha contra la violencia familiar, en especial los grupos sociales que residen en las zonas urbanas.

Pero también están los peruanos que por residir en las zonas más apartadas y a la vez más pobres del país no tiene acceso a las ventajas que de alguna manera se encuentran en las ciudades. Siendo ellos tan peruanos, con los mismos derechos humanos y las mismas oportunidades merecen la tutela, la protección de sus derechos de los integrantes de la familia, en especial de la mujer, del niño y la juventud de esas zonas, para que tengan mejores oportunidades de realización personal, desarrollo y mejora de las condiciones de vida en este nuevo milenio, con la activa participación activa de los organismos estatales y de la sociedad en conjunto, como un esfuerzo mas para romper el centralismo, procurando el acceso de todos ciudadanos a los servicios públicos, como lo que requieren los que sufren la violencia familiar.

Las causas de la violencia familiar están enraizados en los problemas sociales que aquejan al hombre andino: alcoholismo, el machismo afincado en zonas

como Huancavelica, la carencia de profesionales para ser apoyados ante la problemática, aunado a las carencias económicas y sociales del poblador, hace que en muchos casos no se avance en la lucha frontal contra la violencia intrafamiliar.

Aparte de ello, no se ha logrado eficacia en la política de lucha contra la violencia intrafamiliar, por la normatividad que no es la indicada, la falta de compromiso de los funcionarios fiscales y judiciales, el formalismo, la práctica judicial tradicional, entre otros factores ha dado lugar a que no haya una respuesta efectiva del Estado contra la violencia familiar.



---

**SEGUNDA PARTE**



**SEGUNDO CONCURSO DE ARTÍCULOS  
DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2009**

**«LA FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS  
DERECHOS HUMANOS»**







# LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL TRÁNSITO DE LA FAMILIA INSTITUCIÓN A LA FAMILIA COMUNIDAD

RUBÉN CAYRO CARI\*

## RESUMEN

El presente artículo jurídico analiza el fundamento de la adecuada protección de la sociedad conyugal, como una de las principales instituciones jurídicas del Derecho de Familia, desde la perspectiva de los derechos humanos, permitiéndonos exponer dos tesis: una específica referida a la sociedad conyugal, y otra tesis general aplicable a todas las formas de comunidad familiar. Atendiendo a sus fines valiosos y a los intereses dignos de tutela de sus integrantes, se sostiene la tesis específica de que la sociedad conyugal es un sujeto de derecho digno de protección constitucional. La sociedad conyugal con mayor estabilidad jurídica funda una familia, entendida ésta -la familia- no como una institución autoritaria sino como una comunidad de afecto y asistencia, sede de autorrealización y desarrollo integral encaminado a la construcción de un proyecto de vida libremente elegido. La tesis general no se refiere al concepto sino a la concepción de la familia en los términos antes expuestos, es decir, la comunidad que permite el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de todos sus integrantes, en manifestaciones tales como: a) Igualdad de los padres o responsables, b) Respeto de los derechos de los hijos (niños y adolescentes) o integrantes incorporados con igual estatus, quienes ya no serán considerados como objetos de protección sino como sujetos de derechos, c) Una adecuada protección en caso de rupturas de la unidad familiar (divorcios o separaciones de hecho), a través de la responsabilidad civil o los sistemas compensatorios que garanticen la estabilidad familiar y el nivel de vida adquirido.

**Palabras clave:** Sociedad conyugal, derechos fundamentales.

## SUMARIO

1. Justificación preliminar. 2. La familia: del autoritarismo a la igualdad. 3. La sociedad conyugal: aproximaciones. 3.1. Sociedad conyugal o persona colectiva. 3.2. La sociedad conyugal es una comunidad. 3.3. La sociedad conyugal es un sujeto de derecho. 4. La familia y la sociedad conyugal en el ordenamiento constitucional y en el sistema internacional de derechos humanos. 5. Divorcio y derechos fundamentales en la jurisprudencia comparada. 5.1. Doctrina y jurisprudencia italiana. 5.2. España y Chile: Legislación y jurisprudencia. 5.3. Common Law: Compensaciones patrimoniales en Inglaterra. 6. Conclusiones.

---

\* Juez del Primer Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores.

## 1. JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR

Hemos elegido a la sociedad conyugal porque goza de mayor protección jurídica, pero cuando nos referimos a la adecuada protección de la sociedad conyugal, de ninguna manera significa asumir una posición jurídica antidivorcista; muy por el contrario, nosotros creemos que el derecho a separarse o divorciarse forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad, y más específicamente del derecho al libre desarrollo y bienestar<sup>1</sup>; no obstante, no existen derechos absolutos, y el límite en el ejercicio de los derechos constitucionales lo constituye precisamente el derecho de los demás<sup>2</sup>.

No olvidemos que la indisolubilidad del matrimonio, la desigualdad de los cónyuges y la discriminación de la filiación extramatrimonial, caracterizaron el viejo orden familiar autoritario, considerado “natural”, y en donde las relaciones familiares se definían por un estado de sujeción de la esposa y los hijos respecto al jefe de familia, como grafica detalladamente Michele Sesta, destacado profesor de la Universidad de Bolonia<sup>3</sup>.

Solo para efectos del presente artículo jurídico y desde nuestra particular visión, debemos entender al matrimonio (acto jurídico especial) como sinónimo de sociedad conyugal (institución). No pretendemos superar el viejo debate sobre la naturaleza jurídica del matrimonio (acto jurídico o institución), sino que preferimos dejar de lado dicha discusión que resulta irrelevante si vamos a enfocar a la sociedad conyugal, en particular, y a la familia, en general, desde la perspectiva de los derechos humanos, es decir, si atendemos a los fines valiosos que dichas comunidades cumplen en la plena realización de los derechos fundamentales.

En la perspectiva de los fines, el profesor Italiano Luigi Ferrajoli, citando a Salvatore Natoli, quien propuso repensar el derecho sobre la base de sus nexos -en cuanto cura y en cuanto sanción- con el dolor; precisa la distinción entre el dolor sufrido y el dolor inflingido -uno natural, el otro producto

<sup>1</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ: Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho: 1. 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 todo cuanto le favorece.

<sup>2</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: Artículo 29: (...) 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

<sup>3</sup> SESTA, Michele; Derecho de Familia Italiano, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Julio 2003, pp. 9-10.

de los hombres- correspondientes a los dos males en cuya eliminación o reducción se reconoce la razón o justificación del derecho<sup>4</sup>.

Anota el renombrado profesor de la Universidad de Roma III que todos los derechos son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor. Creemos, como lo detalla mejor Ferrajoli, que el derecho encuentra su justificación racional en la minimización del dolor.

Uno de los integrantes de la sociedad conyugal tiene el derecho de quebrar el vínculo matrimonial, si considera que esta institución ya no le permite desarrollar libremente su personalidad; sin embargo, el límite de su derecho lo constituye el derecho de su consorte y sus hijos, y no nos referimos al derecho a mantener el vínculo sino al derecho a percibir una adecuada reparación y asistencia familiar que garantice el desarrollo integral de los hijos y la redefinición del proyecto de vida del cónyuge separado, para que el derecho cumpla su función racional de exclusión o minimización del dolor, como precisaba el renombrado jurista italiano Luigi Ferrajoli.

La conceptualización de la sociedad conyugal como sujeto de derecho le va a otorgar un plus de protección a la estabilidad familiar ante eventuales contingencias que pongan en riesgo no sólo el patrimonio social frente a terceros, sino el patrimonio propio de los cónyuges ante una eventual ruptura y el abuso de facultades que pueda ejercer el cónyuge que se encuentre en mejor posición económica.

Por otro lado, y como es sabido, la Patria Potestad, implica el ejercicio de todos los deberes y derechos respecto de los hijos (velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, etc.). Sin embargo, estos deberes y derechos no pueden ejercerse en base al autoritarismo de los padres que se funda en la anacrónica concepción de la "dependencia" de los hijos, es decir, de la consideración de la personalidad de niño como inferior, negándole su capacidad natural de discernimiento. El tránsito del autoritarismo a la igualdad de derechos caracterizan a la concepción de la familia comunidad.

La Convención de los Derechos del Niño incorpora un plus de protección a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, ya reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, recusando y proscribiendo la conceptualización de la niñez como un estatus inferior, y como acto positivo

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Dolor. En ISOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 28, Octubre 2007, p. 195.

garantiza la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño que lo considera –al niño– una persona en una etapa de la vida de igual valor que las personas adultas, y que por tanto, tiene derecho a que se respete su opinión y su particular visión sobre los asuntos que le conciernen.

## 2. LA FAMILIA: DEL AUTORITARISMO A LA IGUALDAD

Respecto al origen de la Familia, resultan importantes las investigaciones clásicas de Engels y Morgan, en las que claramente se puede distinguir las relaciones de dominación (autoritarismo) al interior de las familias primitivas, incluso caracterizadas por la promiscuidad y algunos ritos que podían implicar sacrificios humanos, impensables en nuestra época; por ello, no creemos que deba definirse a la familia como una institución natural, aunque los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hayan acogido dicha teoría naturalista.

En la antigua Roma el matrimonio fue monogámico y también fue en principio cum manum, en el cual la mujer pasaba en calidad de hija a la familia del marido. Luego, en un avance mínimo, se reguló el matrimonio sine manu, donde la mujer quedaba en su familia de origen, pero la manus se plasmaba en un poder que da al marido una autoridad sobre la mujer igual a la que tiene el padre sobre los hijos<sup>5</sup>.

La familia romana estaba constituida bajo el tipo patriarcal; el hijo es extraño a la familia de la madre y la autoridad absoluta pertenece al pater familias, el que es un sui juris, dueño de su persona física y tiene personalidad jurídica, así como un patrimonio. Al contrario, el alieni juris carece de personalidad jurídica, su persona física y su patrimonio depende de otro. Los efectos de matrimonio son los mismos en lo tocante a las relaciones de padre a hijos (relación de dependencia y sujeción a la autoridad del padre).

Es a través de una larga evolución histórica que los hombres se fueron emancipando de los grupos a los que pertenecían; así como la mujer fue adquiriendo mayores derechos hacia la consolidación de la igualdad de género<sup>6</sup>. Se trata de un proceso que podríamos llamar de integración social, gracias al cual se dieron concomitantemente dos fenómenos complementarios:

<sup>5</sup> HERRERA PAULSEN, Darío; Derecho Romano, Grafica Horizonte, Lima, 2002, p. 47.

<sup>6</sup> GÉNERO: Es la identidad generada por el rol sexual de las personas. Los términos género y sexo se utilizan a menudo indistintamente, aunque sexo se refiere de forma específica a las características biológicas y físicas que convierten a una persona en hombre o mujer en el momento de su nacimiento, y género se refiere a las conductas de identificación sexual asociadas a miembros de una sociedad.

- a) La atribución progresiva de poderes autónomos e iguales a los individuos como tales y,
- b) La constitución de una estructura jurídica superior capaz de garantizar esta autonomía (familia comunidad).

Sólo cuando se ha alcanzado un cierto grado de evolución es cuando se proclama, como en la Revolución francesa, que todos los hombres nacen libres e iguales, afirmándose, de forma solemne y con proyección universal, lo que ya fuera proclamado con ocasión de la independencia norteamericana en la Declaración de Filadelfia: que el hombre es sujeto de derechos y de deberes por el simple hecho de ser hombre.

Debe acotarse que la afirmación de que todos los hombres, sin distinción de nacionalidad, credo, raza, etc. son titulares de derechos y obligaciones en el orden civil ha sido el resultado de un desarrollo histórico social. En ese sentido la Corriente Historicista, a diferencia de iusnaturalismo<sup>7</sup>, considera que los derechos subjetivos son el producto del desarrollo social. Los derechos humanos son derechos históricos: por razones del desarrollo de la sociedad, el hombre se ve revestido de derechos variables sometidos al flujo del devenir y que son el resultado de la sociedad a medida que ésta progresa. Los derechos son derechos variables y relativos a cada contexto histórico.

Todavía subsisten ciertas restricciones no solamente en la esfera de lo civil, sino también en lo que se refiere al Derecho Político y que varían según los países; por ejemplo, temas relativos al derecho de las mujeres en los países de Asia y el Medio Oriente. Los derechos sociales no provienen de una teoría elaborada, previamente a su consagración, en los textos jurídicos constitucionales, por el contrario, han surgido de la necesidad de ratificar jurídicamente lo que antes fueron principios de revoluciones y movilizaciones populares.

### 3. LA SOCIEDAD CONYUGAL: APROXIMACIONES

#### 3.1. Sociedad conyugal o persona colectiva

En palabras del maestro León Barandiarán, el hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo. En el primer caso se habla de persona natural, en el segundo de persona colectiva<sup>8</sup>. Debemos

<sup>7</sup> La Corriente Iusnaturalista: Considera a los derechos humanos como derechos naturales. Son atributos de las personas; facultades inherentes a la esencia del hombre y son anteriores y superiores al Estado, al derecho positivo, por lo que son inalienables. Admiten la distinción entre derecho natural y derecho positivo, con supremacía del primero sobre el segundo.

<sup>8</sup> LEÓN BARANDIARAN, José; Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII, CD 3, Gaceta Jurídica, software digital, versión 2002

interpretar el término persona colectiva como una ficción legal genérica, englobante de todos los supuestos en los que una persona forma parte de una entidad distinta, pues el concepto de persona permanecerá inherente al ser humano en todos los supuestos de la persona jurídica o de los patrimonios autónomos.

La sociedad conyugal es una institución que desborda la noción del patrimonio autónomo, por ello, es necesario reflexionar sobre la necesidad de considerarla como una persona colectiva, como primera aproximación.

### 3.2. Sociedad conyugal o comunidad

Como sostiene Miguel Reale el Derecho es una ordenación bilateral atributiva de las relaciones sociales que mira a la realización del bien común. Esto quiere decir que, en toda relación jurídica, dos o más personas quedan ligadas entre sí por un vínculo que, de una manera proporcional y objetiva, les atribuye poderes para obrar y deberes que cumplir<sup>9</sup>. Sujeto de derecho es el titular a quien corresponden tales poderes o tales deberes.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la sociedad conyugal es una comunidad donde sus integrantes se interrelacionan en igualdad de derechos, y como tal es considerada como una institución fundamental de la sociedad y del Estado, pues siendo una unión de derecho, la esencia del matrimonio radica en constituir una familia. No es la única forma de constituir una familia, por supuesto, pero, es la que goza de mayor protección jurídica.

Recordemos que la doctrina francesa define al matrimonio, como una sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino<sup>10</sup>.

### 3.3. La sociedad conyugal es un sujeto de derecho

Nuestro ordenamiento civil sólo reconoce, en forma expresa, cuatro sujetos de derecho: a) La Persona Natural; b) La Persona Jurídica; c) El Concebido; y d) La Persona Jurídica No Inscrita, conforme a la normativa contenida en los Artículos 1, 76, 124, 127, y 130 del Código Civil.

<sup>9</sup> REALE, Miguel; Introducción al Derecho, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, sexta edición, 1984, página 184.

<sup>10</sup> En la exposición de motivos del Código de Napoleón, Portalis definía al matrimonio como "*société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée*".

El jurista nacional Carlos Fernández Sessarego, señala que “Sujeto de Derecho” es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial- éste ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas<sup>11</sup>. En ese sentido, el hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo, y en uno u otro caso, el concepto de persona permanece inherente al ser humano.

El Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que: La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. En consecuencia, aplicando el argumento a contrario, podemos concluir que la ley se puede aplicar por analogía cuando favorece derechos. Con relación a la analogía, en el derecho se han trabajado, cuatro argumentos que ayudan a la interpretación, entre los que puede destacarse el argumento a pari, “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”, y el argumento a fortiori que funciona en base al criterio de “con mayor razón”.

El maestro Fernández Sessarego explica magistralmente que la regulación de las personas jurídicas en el Código Civil de 1984 responde a una concepción tridimensional del Derecho. La aplicación de esta peculiar y comprensiva visión del fenómeno jurídico, permite distinguir en la persona jurídica, la presencia necesaria, simultánea y en recíproca exigencia, de tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato normativo, por las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que las caracterizan y le otorgan sentido<sup>12</sup>.

Nosotros postulamos que la sociedad conyugal cumple las tres dimensiones del derecho (hecho, valor y norma), como fenómeno jurídico digno de tutela especial, a través de su reconocimiento como sujeto de derecho:

- a) El aspecto normativo: El ordenamiento jurídico le confiere a la sociedad conyugal derechos y deberes, que son distintos al de las personas naturales que la integran.
- b) El aspecto fáctico, que se materializa en las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de la sociedad conyugal, con relaciones individuales internas, y su exteriorización como patrimonio autónomo en sus relaciones externas.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho de las Personas, Editora Grijley, Lima, octava edición, 2001, p. 36.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; Op.Cit., p. 181.

- c) El aspecto axiológico, que se evidencia en los fines valiosos de la sociedad conyugal, en base a su función sistémica, como soporte de la familia, es decir, consolida el desarrollo de la sociedad y preserva el Estado democrático.

Si las razones que expone el profesor Fernández Sessarego justifican la regulación de las personas jurídicas como sujetos de derecho, con mayor razón o cuando menos, por la misma razón, debe considerarse a la sociedad conyugal como sujeto de derecho, aplicando el argumento a pari.

Para sustentar nuestra tesis, también podemos recurrir al método sistemático por comparación con otras normas, como procedimiento de interpretación consistente en esclarecer el qué quiere decir la norma, atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella<sup>13</sup>.

El artículo 65° del Código Procesal Civil, norma adjetiva o formal, al regular la representación procesal del patrimonio autónomo, en apariencia, ha invadido funciones propias de los códigos sustantivos, al definir nuevos derechos que no estaban expresamente reconocidos en el Código Civil y que algunos autores han denominado entes no personificados; así, se ha establecido que: “Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica”.

En párrafo seguido se establece que La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 93° del Código Adjetivo que se refiere al litisconsorcio necesario. Tal regulación habría conferido a la sociedad conyugal un status de sujeto de derecho, como ente susceptible de imputación de derechos subjetivos.

#### **4. LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**

El profesor italiano Giancarlo Rolla resalta la influencia de la normativa y la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales, generándose un verdadero bloque de constitucionalidad que permite al derecho nacional

---

<sup>13</sup> RUBIO CORREA, Marcial; El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho, Fondo Editorial PUCP, Octava Edición, Lima, 1999, página 267.

especificar e implementar sus principios y establecer propios standards de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal en particular<sup>14</sup>, es decir, el ordenamiento supranacional en materia de derechos humanos puede otorgar un plus de protección, aunque no esté positivizado en el ordenamiento interno.

El Artículo 1 de la Constitución peruana de 1993 establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. A su vez la persona humana tiene que propiciar relaciones de coexistencia pacífica y contribuir al fortalecimiento del Estado democrático. Para tales fines, el ordenamiento jurídico crea nuevas figuras o instituciones jurídicas, para garantizar la subsistencia de la familia, la sociedad y el Estado.

Recordemos el Tercer Párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1979 que a la letra señalaba: que la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura. En similar sentido el artículo 4 de la vigente Carta Magna establece la Protección a la familia y la promoción del matrimonio: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Tales disposiciones constitucionales nos pueden llevar a concluir que la sociedad conyugal es sujeto de derecho digno de tutela.

En consonancia con las normas constitucionales antes referidas, La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la Familia es el Elemento Natural y Fundamental de la Sociedad. Ya en 1948 (en la Declaración) se estableció que la Familia se constituía en el Momento en que un Hombre y una Mujer decidieron libremente unirse en Matrimonio y que se ampliaba con la procreación de los hijos como fruto natural de la unión.

El artículo 17° de la Convención Americana de Derechos Humanos define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida. Asimismo, reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas por las leyes internas, sobre la base de la plena libertad y consentimiento de los contrayentes. Los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar

---

<sup>14</sup> ROLLA, Giancarlo; Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Editora Jurídica Grijley, 2008, pp. 170-171.

la igualdad de derechos, y en caso de disolución del matrimonio, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

## 5. DIVORCIO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

Ni siquiera en la doctrina francesa, de hace más de dos décadas, se ha admitido el rígido principio según el cual la separación de hecho no acarrea ninguna consecuencia jurídica, porque se desprenderían soluciones inaceptables para el derecho<sup>15</sup>. El derecho no puede ni debe ignorar situaciones de hecho, todo lo contrario, en su función minimizadora del dolor, debe dar soluciones, por ejemplo, a través de: a) La adecuada protección del cónyuge abandonado, y b) La limitación del poder del abandonante para comprometer ante los acreedores, los bienes que sustentan la estabilidad económico familiar.

En efecto, la protección de la estabilidad familiar, en clave de derechos humanos, nos obliga a tomar medidas para asegurar el respeto de los derechos fundamentales, y en caso de separaciones de hecho o disoluciones del vínculo marital, los jueces, ejerciendo su función tuitiva en materia familiar, podrán dictar medidas de reparación y adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, dentro de la concepción de la familia comunidad, desarrollada con mayor claridad en la doctrina y jurisprudencia italiana.

También es importante analizar la pensión compensatoria del sistema español, la compensación económica del sistema chileno, y las compensaciones patrimoniales del common law, como herramientas útiles para garantizar la estabilidad familiar.

### 5.1. Doctrina y jurisprudencia italiana

En un fenómeno que imprecisamente se ha venido a llamar privatización de las relaciones familiares, Michele Sesta afirma que la actual disciplina del Derecho de Familia es respetuosa de la autonomía de sus miembros, de su mundo de relaciones, afectos y responsabilidades<sup>16</sup>. En el contexto de la privatización de las relaciones conyugales se inserta la publicización

<sup>15</sup> DELMAS-MARTY, Mireille y LABRUSSE-RIOU, Catherine; *Matrimonio y Divorcio*, Temis, Bogotá, 1987, pp. 111-113.

<sup>16</sup> SESTA, Michele; *Op.Cit.*, p. 11.

de la familia por las crecientes regulaciones estatales e internacionales de derechos humanos que otorgan una protección integral a los hijos (niños y adolescentes).

Con la *reforma del diritto di famiglia* del 1975 si è *passati* da un sistema nel quale era affermata la "supremazia" dell'uomo nei rapporti interconiugali, ad uno improntato al principio di *eguaglianza tra i coniugi*. Con la reforma del derecho de familia de 1975 se revaloró la relación conyugal basada en el principio de igualdad entre los cónyuges. *Detto principio trova espressione sia nell'art. 143 y 144 cc . 144 del Codice*<sup>17</sup>; así como en el Artículo 3 de la Constitución Italiana que garantiza que todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Luego de varias jurisprudencias contradictorias, recién a fines de la década de los noventa del siglo pasado la *Corte di cassazione* italiana extendió con mayor coherencia jurídica la responsabilidad civil al incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio, posibilitando la aplicación del artículo 2043 del Código<sup>18</sup>, que tradicionalmente sólo tutelaba a las víctimas de delitos. En el sistema italiano la Ley N° 898 de 1 de diciembre de 1970, modificada por las Leyes 436 del 1 de agosto de 1978 y 74 del 6 de marzo de 1987, regula la disolución del matrimonio civil y del matrimonio religioso acatólico<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> CODICE:

**Art. 143 Diritti e doveri reciproci dei coniugi**

Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione (Cod. Pen. 570).

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

**Art. 143 bis Cognome della moglie**

La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze.

Art. 143 ter (abrogato)

**Art. 144 Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia**

I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.

A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

<sup>18</sup> **Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito**

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).

<sup>19</sup> **Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito**

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).

Se regulaban causales como la separación de hecho por tres años, la anulación, un nuevo matrimonio del cónyuge en el extranjero, la no consumación del matrimonio o el cambio de sexo de alguno de los cónyuges, entre otras; sin embargo la invocación de dichas causales no son suficientes, si es que no se comprueba el efectivo fracaso de la convivencia conyugal.

Un caso emblemático lo constituye la Sentencia de la Corte de Casación Italiana del 10 de mayo de 2005 (Resolución 9801/05 del 10/05/2005), donde el supremo tribunal italiano fundamenta el tránsito de la familia institución a la familia comunidad, configurada, no ya como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas... Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo concebirse que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar<sup>20</sup>.

*En la casación bajo comentario, e Con sentenza del 4 marzo - 21 aprile 1998 il Tribunale di Palermo rigettava la domanda con la quale CS, dopo aver ottenuto dall'autorità ecclesiastica la dispensa dal matrimonio contratto con SB e dallo stesso Tribunale la sentenza di divorzio per inconsumazione, aveva chiesto che l'ex coniuge fosse condannato al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito a causa della sua condotta illecita e contraria ai canoni di lealtà, correttezza e buona fede, per non averla informata prima delle nozze delle sue condizioni fisico - psichiche o della sua incapacità coeundi, e per aver omesso dopo il matrimonio,*

<sup>20</sup> **Suprema Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n.9801/2005:**

La famiglia si configura quindi non già come un luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita,, segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell' ambito della quali i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'articolo 2 Costituzione, che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità' delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità' di ogni individuo si esprime e si sviluppa. E pertanto il rispetto della dignità' e della personalità', nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia, così come da parte del terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità' civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare.

*onde evitare che le sue condizioni di salute fossero conosciute da terzi, di sottoporsi alle opportune cure.* Tribunal de Palermo, había desestimado una demanda de indemnización de la ex cónyuge, luego de obtener el divorcio por la causal de no consumación, pero el fundamento de la pretensión indemnizatoria no fue la causal sino la conducta contraria a los cánones de lealtad, corrección y buena fe, porque el demandado no le informó a la demandante, antes de la boda, de su incapacidad *coeundi*, defraudando sus legítimas expectativas de constituir una familia, dentro de su proyecto de vida libremente elegido.

También resulta importante analizar algunas sentencias de la Corte de Casación que se pronuncian sobre la asignación pecuniaria a la ex cónyuge que le garantiza un nivel de vida similar al que tenía cuando se encontraba casada (*il medesimo tenore di vita*). Si bien la Sentencia 30 de marzo de 2009 N° 7614 desestima la casación, considera justo el monto de 1,100.00 euros mensuales fijado por el Tribunal de Apelación<sup>21</sup>.

Si el objetivo de la asignación pecuniaria es mantener un nivel de vida, no es propiamente una pensión de alimentos, sino una compensación por desequilibrio económico, si es que el objetivo es mantener el mismo nivel de vida, garantizando el derecho fundamental a los alimentos del ex cónyuge mas vulnerable.

## 5.2. España y Chile: legislación y jurisprudencia

En España la Ley 15/2005 ha suprimido las causas de separación o divorcio, posibilitando que se alegue como única causa de separación o divorcio la voluntad de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, luego de transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, pero si hay algún riesgo grave puede ser inmediatamente. En la exposición de motivos de la indicada ley, creemos que con criterio acertado, se justifica la nueva regulación del divorcio en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; es así que, si una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no forma parte del desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata, pues el ejercicio de su derecho a no continuar

<sup>21</sup> SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE. SEZIONE I CIVILE. *Sentenza 30 marzo 2009, n. 7614*: Nel vigente ordinamento è regola generale che l'onere della prova gravi su chi allegghi o debba allegare una determinata circostanza; la motivazione della Corte d'appello sovverte tale regola e si pone quindi in contrasto con il dato normativo che subordina l'obbligo di pagamento dell'assegno divorzile, in favore del coniuge più debole, alla carenza in capo allo stesso di mezzi sufficienti a garantirgli il medesimo tenore di vita, goduto in pendenza di matrimonio, e comunque all'impossibilità del coniuge richiedente di procurarsi tali mezzi (...) La Corte d'appello ha liquidato in favore della \*\*\*\* un assegno divorzile di euro 1.100 vale a dire per un ammontare pari allo stipendio che percepiva durante il pregresso rapporto di lavoro.

casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de alguna causa.

Si bien coincidimos plenamente en que debe prevalecer el derecho de libertad para divorciarse sin condicionamiento a alguna causal; también tiene que estar implícito el deber de asumir las consecuencias por parte de quien ejerza dicho derecho, pues si estamos viviendo el tránsito de la familia institución (autónomo y autoritario) a la familia comunidad (Igualdad de derechos y libre desarrollo), desde la perspectiva de los derechos humanos, necesariamente tenemos que garantizar el respeto de los derechos fundamentales del otro cónyuges, a través de una adecuada reparación o compensación que garantice la estabilidad familiar (cuando haya prole) y la redefinición del proyecto de vida.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español siempre ha sido contraria a conceder una indemnización derivado del divorcio, basado principalmente en la existencia de la prestación compensatoria por divorcio que tiene como base el desequilibrio económico<sup>22</sup>. No obstante lo expuesto, cierto sector de la doctrina española rechaza el argumento de la pensión compensatoria, porque niega la posibilidad de que prosperen demandas de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales (deberes jurídicos previstos en la norma), cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad civil en base al Artículo 1902 del Código Civil.

En Chile la Ley N° 19947 del 7 de mayo de 2004 (Ley de Matrimonio Civil), en su Artículo 61 establece la compensación por menoscabo económico, sin que sea determinante si el divorcio se declaró por causal objetiva o subjetiva, pues la compensación se basa en el desequilibrio o disparidad que impide que uno de los cónyuges rehaga su vida luego de la separación<sup>23</sup>. Por ello,

**22 CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA:**

Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias:

1 Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2 La edad y estado de salud.

3 La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4 La dedicación pasada y futura a la familia.

5 La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6 La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.

7 La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8 El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

**23 Ley de Matrimonio Civil (Chile):**

**Artículo 61.-** Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del

también creemos que esta llamada “compensación económica”, al igual que la pensión compensatoria del sistema español, tiene naturaleza indemnizatoria, máxime si para fijar el quantum tiene que valorarse criterios subjetivos como la buena o mala fe de ambos cónyuges.

### 5.3. *Common law*: compensaciones patrimoniales en Inglaterra

En Inglaterra no existen regímenes económicos dentro del matrimonio, y por ello el juez, ejerciendo potestades discrecionales, puede liquidar el patrimonio, no sólo teniendo en cuenta las necesidades alimenticias de los cónyuges y sus hijos, sino preservando el mismo nivel de vida de los ex consortes, fijando un sistema de compensaciones patrimoniales, cuya naturaleza podríamos entenderla como reparatoria. Para el Juez Inglés, al fijar compensaciones, es irrelevante si las causales del divorcio fueron objetivas o subjetivas, salvo para graduar el quantum.

En virtud a la *Divorce Reform Act* de 1969, es invocable como causal de divorcio la *irretrievable breakdown of marriage* (irreparable destrucción del matrimonio) sin han transcurrido cinco años de separación anteriores a la demanda. Los efectos del divorcio están regulados en la *Matrimonial Causes Act* de 1973; y aunque existen causales objetivas y subjetivas, todas éstas tienen que ser reconducidas a una única causa objetiva conglobante, esto es, la ruptura irremediable del matrimonio.

En el artículo 25 de la *Matrimonial Causes Act* de 1973 se mencionan los hechos a considerar por el Juez para ejercer su discreción al resolver los asuntos económicos derivados del divorcio<sup>24</sup>, estos son:

- a) Los ingresos, la capacidad de ingresos, las propiedades y otros recursos económicos que posea o fuera a poseer en un futuro cercano cada una de las partes del matrimonio, incluyendo la ampliación de la capacidad de ingresos que el tribunal considere que una parte del matrimonio vaya a obtener;
- b) Las necesidades, obligaciones y responsabilidades económicas que cada una de las partes del matrimonio tiene o vaya a tener en un futuro cercano;
- c) El nivel de vida disfrutado por la familia previo a la ruptura del matrimonio;

---

hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

<sup>24</sup> *Matrimonial Causes Act 1973* [www.opsi.gov.uk](http://www.opsi.gov.uk)

- d) La edad de cada una de las partes del matrimonio y la duración del mismo;
- e) Cualquier discapacidad física o mental de cualquiera de las partes del matrimonio;
- f) Las contribuciones de cara al bienestar de la familia que cada una de las partes ha realizado o vaya a realizar en un futuro cercano, incluyendo cualquier aportación relacionada con el mantenimiento del hogar o de la familia;
- g) La conducta de cada una de las partes, la cual juzgará el juez como adecuada o inadecuada;
- h) en el caso de procedimientos de divorcio, el valor de cualquier beneficio (tal como una pensión) para cada una de las partes del matrimonio, el cual perderá como consecuencia de la disolución del matrimonio.

En el caso *Miller vs. Miller*, la Cámara de los Lores ha establecido criterios para compensar a una de las partes en desventaja: a) La compensación a través de una división adecuada de los bienes de capital, y b) La compensación a través de pagos periódicos, aunque éstos últimos los considera inconvenientes por el vínculo que se genera. *Of its nature a lump sum payment is once and for all.*

Cualquiera de los consortes puede proveer a su propio sostenimiento, pero también puede tener derecho a una compensación cuando el otro consorte ha mejorado su capacidad de obtener ingresos a sus expensas; en este caso, la compensación puede subsumirse en el reparto equitativo de todos los bienes obtenidos; sería injusto si dichos bienes no se distribuyen equitativamente<sup>25</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

- a) En clave de derechos humanos, en consonancia con las normas constitucionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y Convención Americana de Derechos Humanos, la familia es considerada como el elemento natural y fundamental de la sociedad y por consiguiente merece la más alta protección que debe ser extendida al matrimonio o sociedad conyugal, como institución digna de tutela, siempre que cumpla

<sup>25</sup> HOUSE OF LORDS: *Miller (Appellant) v. Miller (Respondent)* ON WEDNESDAY 24 MAY 2006:

15. Compensation and financial needs often overlap in practice, so double-counting has to be avoided. But they are distinct concepts, and they are far from co-terminous. A claimant wife may be able to earn her own living but she may still be entitled to a measure of compensation.

I must mention a further matter where flexibility is important. In big money cases, the capital assets are more than sufficient to meet the parties' financial needs and the need for either party to be compensated when one party's earning capacity has been advantaged at the expense of the other party. In these cases, should the parties' financial needs and the requirements of compensation be met first, and the residue of the assets shared? Or should financial needs and compensation simply be subsumed into the equal division of all the assets?

- sus fines, esto es, siempre que funde una familia. La protección no implica preservar la vigencia de uniones formales que no cumplen sus fines, de lo contrario también se vulneraría derechos fundamentales si el ordenamiento jurídico mantiene un vínculo fracturado e irrecuperable.
- b) Conforme al Artículo 1 de la Convención de Derechos Humanos, es obligación de los Estados garantizar el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos. La obligación la ejerce el Estado a través de los órganos jurisdiccionales que administran justicia. Los Jueces de Familia deben asumir la concepción de la familia comunidad como sede de autorrealización y desarrollo personal, garantizando que todos sus integrantes (cónyuges e hijos) reciban tutela como personas, preservando sus derechos fundamentales como inviolables, en base al principio de igualdad de derechos y el plus de protección en el caso de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad.
  - c) Al resolver los procesos en los que se ponga en riesgo la estabilidad familiar, los jueces válidamente pueden considerar a la sociedad conyugal como sujeto de derecho, pues a parte del reconocimiento como patrimonio autónomo que le confiere el Código Procesal Civil, cumple las tres dimensiones del derecho, como institución digna de tutela especial: a) El aspecto normativo: La sociedad conyugal tiene derechos y deberes distintos al de las personas naturales que la integran; b) El aspecto fáctico, que se materializa en las conductas humanas intersubjetivas o vida de relación; y c) El aspecto axiológico, que se evidencia en los fines valiosos de la sociedad conyugal, como lo es fundar una familia que será la base de la sociedad y el Estado.
  - d) Para garantizar una adecuada protección de la estabilidad familiar y los derechos humanos de los cónyuges, es necesario que legislativamente se incorpore instituciones jurídicas como la pensión compensatoria del sistema español, la compensación económica del sistema chileno o la compensación patrimonial del common law para mitigar los posibles graves desequilibrios que puedan producirse por las consecuencias jurídicas de la separación de hecho o el divorcio, es decir, no se debe evitar el divorcio, sino evitar una situación que implique un empeoramiento de uno de los cónyuges respecto a su situación anterior al matrimonio.
  - e) La concepción de la familia como una comunidad no solo garantiza el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de los cónyuges sino también de los hijos (niños y adolescentes) y de los integrantes incorporados (step child) con igual estatus (familia reconstituida), quienes ya no serán considerados como objetos de protección sino como sujetos de derechos, en base a la publicización de las relaciones entre padres e hijos, en aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial la Convención de los Derechos del Niño.



# ¿QUÉ HACER CUANDO LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA Y LA DIGNIDAD DE UN HIJO MENOR DE EDAD ENTRAN EN COLISIÓN? ¿LAS ELUCUBRACIONES JURÍDICAS PODRÁN SUPERAR ESTÁ AMARGA REALIDAD?

JUAN CARLOS CASTRO RIVADENEIRA\*

## RESUMEN

Como punto de partida el autor nos plantea un caso emblemático, la jurisprudencia emitida por el Juzgado de Queyquén - Argentina, en donde se plantea la supremacía del derecho a la dignidad por sobre la vida. En ese sentido, efectúa un análisis de dicho fallo, desarrollando la tesis de una visión conflictivista de los derechos fundamentales cuando uno de ellos se encuentra en pugna y la posición del Tribunal Constitucional y Poder Judicial Peruanos en un caso análogo, para finalizar con un esbozo de cómo el ordenamiento jurídico nacional podría dar solución a un conflicto entre dichos derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Derechos Fundamentales, Dignidad, Vida, Conflicto.

## SUMARIO

1. Introducción. 2. Justificación. 3. Un caso emblemático: El punto de partida. 4. Capítulo segundo: La dignidad: Consideraciones previas. 5. Capítulo tercero: Al existir un “conflicto” entre derechos fundamentales ¿cómo será aprobado por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional?. 6. Capítulo cuarto: ¿El ordenamiento jurídico peruano cómo podrá solucionar cuándo la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad se encuentran en pugna?. 7. Conclusiones y sugerencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

“...Todas las fotos demuestran mucho cariño, contención familiar (...) cada foto demuestran mucho cariño (...) ella relata “Dios nos ha regalado un ser maravilloso, he aprendido a tener con (...) un lenguaje especial, nadie me lo ha enseñado, él me guía. Todos los días nos deja algo, el día que se vaya podrá estar más libre, pero le hemos dado todo, se va a ir con todos los ángeles para jugar, me ha regalado todo...”.

Se trata de conmovedoras palabras de una madre que sufre al observar a su hijo postrado en la cama de un Hospital en Argentina asistido por soportes

---

\* Asistente en la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres.

vitales a consecuencia de la enfermedad denominada “mucopolisacaridosis”, colocándose un botón gástrico para mantener su nutrición e hidratación, dada la dificultad de poder ingerirlas.

Y que en ocasión de padecer una crisis respiratoria en el contexto de la enfermedad terminal que padece, los padres solicitan que no ingrese a la Sala de Terapia Intensiva de Niños porque consideran que recibirá tratamientos invasivos; dado que, tales medios se tornarían cruentos y desproporcionados que no son congruentes con una muerte digna.

Problemas como estos suceden a diario en los diversos hospitales y clínicas de la ciudad. Donde los médicos, en la mayoría de casos, harán denodados esfuerzos para salvar la vida del enfermo.

Pero que pasará cuando el génesis del problema tiene los siguientes factores o elementos: el diagnóstico de una enfermedad terminal (por ejemplo el cáncer que en los últimos años va en aumento, la mucopolisacaridosis); la búsqueda de la calidad de vida y el derecho a una muerte digna; el uso de tratamientos paliativos o invasivos para batallar contra la enfermedad; la presunta colisión entre la dignidad y la prolongación de la vida de un menor de edad; el clamor de sus padres de que cese el tratamiento invasivo porque consideran que vulnera la dignidad; decisión que nos remonta a analizar a la familia desde la óptica de los derechos humanos. Sumado a que el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala “...Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,..” .

Para enfocar los factores o elementos antes señalados el enfoque del tema será desarrollado de la siguiente manera: el Capítulo Primero, como punto de partida será la historia de un caso emblemático, de una Jurisprudencia del Juzgado de Queuquén - Argentina donde la opción formulada por los médicos y los progenitores del niño que adolece una enfermedad denominada “mucopolisacaridosis” que pueda recibir cuidados paliativos y no invasivos, dado que frente a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que lo afecta, respecto de la cual no existía ninguna terapia curativa, sólo correspondía realizar las medidas necesarias a fin de que no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente.

En el Capítulo Segundo, para analizar aquella resolución se desarrolla el concepto de dignidad desde el punto de vista de la filosofía, su análisis

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

tridimensional y su acogimiento en la Constitución Política del Estado Peruano y algunas Normas fundamentales de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Aspectos normativos que a modo de consideraciones previas para contar con mejores elementos de juicio para analizar la Jurisprudencia extranjera.

Un problema como el suscitado en el menor que sufre la enfermedad denominada “mucopolisacaridosis” y el instinto de protección generado en sus progenitores como una reacción natural al ver a su hijo sufriendo proponen a los médicos tratantes una solución para aliviar su sufrimiento el uso únicamente de tratamientos paliativos y no invasivos. Omisión que podría generar la siguiente interrogante ¿puede existir un conflicto entre derechos fundamentales? ¿Qué se debe hacer en esos casos?. Por ello en el capítulo Tercero desarrollamos la tesis que avala la visión conflictivista de los derechos fundamentales cuando uno de estos se encuentra en pugna (desde un punto de vista doctrinario) y la posición singular que adoptan el Tribunal Constitucional Peruano y el Poder Judicial. Para ello, se tomará en cuenta casos análogos donde se encuentra una presunta disyuntiva entre el honor y la libertad de información (desde un punto de vista Jurisprudencial).

Y por último en el Cuarto capítulo se esboza cómo el ordenamiento jurídico peruano podrá solucionar cuándo la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad se encuentran en pugna.

## 2. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación jurídica se encuentra motivada, debido a que a través de los diversos medios de comunicación se entremezclan una serie de emociones (asombro, pavor, temor, etc.) ante el avance vertiginoso de la tecnología en los últimos dos años; sobre todo en la ciencia médica. Y donde sigue siendo necesario que el ordenamiento jurídico vele por todos los ciudadanos; limitando aquellos excesos que todo experimento, intervención quirúrgica, tratamientos médicos mediante la prolongación cualitativa o cuantitativa de la vida; aplicación de métodos paliativos o invasivos a “favor” del ser humano.

Más aún, como en el presente caso se advierte que una vez más podríamos encontrar una presunta colisión entre derechos humanos: La prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad se encuentran en pugna y cabe preguntarse si ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad? ¿El derecho actualmente responderá a una adecuación de la realidad o la realidad frente al derecho? .

Por ello, nos proponemos a realizar esta investigación jurídica que sabemos de antemano no se agotará en éste cometido; dado que, su esbozo y colofón merecen ser abordados con mayor profundidad. Aspecto que no limitará el rigor que toda investigación y publicación exige.

## CAPÍTULO I

### 3. UN CASO EMBLEMÁTICO: EL PUNTO DE PARTIDA

El Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 02 Neuquén

1 Instancia – Neuquén, marzo de 2006. Considerando: Que a fojas 18/20 se presenta (...) en su carácter de Director General del Hospital Provincial (...) en virtud de la decisión de los padres de (...) respecto de que su hijo, en ocasión de padecer una crisis respiratoria en el contexto de la enfermedad que padece, no sea ingresado en la sala de terapia intensiva de niños a efectos de recibir tratamientos invasivos. Explica que (...) sufre una enfermedad crónica neurometabólica progresiva denominada mucopolisacaridosis, que no tiene tratamiento curativo. Refiere que el niño se encuentra bajo tratamiento y supervisión médica desde los tres años. El 18 de octubre de 2005, la madre de (...) llega auto derivada a Cuidados Paliativos. Desde entonces y hasta el presente, el equipo interdisciplinario realiza el control de síntomas y prevención de claudicación familiar. Manifiesta que actualmente el niño se encuentra postrado con una cuadriparesia y conecta muy poco con el medio. Apenas puede tragar agua, por lo que en fecha 19 de diciembre de 2005 se le coloca un botón gástrico para mantener su nutrición e hidratación.

Refiere que el 5 de enero del año en curso, la (...) madre de (...), plantea al equipo de Cuidados Paliativos la necesidad de dejar por escrito la decisión de ella y del papá (...) respecto de que (...) no ingrese a la sala de terapia intensiva de niños ante una eventual crisis respiratoria, dado el estadio avanzado de la enfermedad. Sostienen la negativa de que se prolongue la vida a través de medios artificiales como asistencia mecánica respiratoria, dado que tales medios se tornarían cruentos y desproporcionados, por cuanto, por las características de la enfermedad no podrían eventualmente, retirarse los soportes vitales y continuar (...) respirando por sí mismo. No obstante ello, los padres no rechazan cualquier tratamiento médico, sino tan sólo aquellos que, invasivos, impliquen mantener a su hijo dependiente, mientras viva de un medio artificial de soporte vital que consideran cruento e inconducente respecto de una muerte digna.

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

Por último, expresa que la enfermedad de (...) mucopolisacaridosis, no tiene tratamiento curativo y sus padres lo acompañan y asisten durante la evolución de aquella, "ayudan" a (...) ejercer su derecho a vivir con la mayor dignidad posible. Desde ese lugar sostienen que es fundamentalmente probable que una vez colocados los soportes vitales, éstos no puedan ser posteriormente retirado (exubado). Decisión que comparte el equipo de Cuidados Paliativos.

Funda en derecho y ofrece prueba instrumental, copia certificada de la historia clínica de (...) a fojas 21, de la petición se da intervención al Equipo Médico de Gabinete Interdisciplinario, Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente y se cita a los progenitores a ratificar el consentimiento expresado en la historia clínica.

A fojas 23/24, la Dra. Lidia Caunedo, médico forense, integrante del Gabinete interdisciplinario emite dictamen realizando una descripción técnica de la enfermedad indicando que está marcada por síntomas neurológicos graves tales como demencia progresiva, comportamiento agresivo, hiperactividad, convulsiones, sordera, pérdida de la visión e incapacidad para dormir por varias horas seguidas. En la última etapa del síndrome, el mantenerse en pie se hace cada vez más difícil y la mayoría deja de caminar a la edad de 10 años. También la enfermedad se manifiesta en el espesamiento de la piel, cambios leves en el eventualmente estrechamiento de las vías respiratorias y garganta, agrandamiento de las amígdalas y adenoides que dificultan la ingesta de alimentos, siendo también frecuentes las infecciones respiratorias recurrentes. Señala que la incidencia del Síndrome de San Filippo es 1 cada 70.000 nacimientos, no existiendo cura actualmente para este tipo de trastorno. La asistencia médica se orienta al tratamiento de las condiciones sistemáticas y a mejorar la calidad de vida de la persona. Pudiendo la terapia física y el ejercicio diario retrasar problemas comunes y mejorar la calidad de movimientos. Con relación al estado actual del paciente, según pudo observarse al realizar la visita al domicilio, el niño se encuentra acostado en su cama, por padecer cuadriparesia que le impide mantenerse de pie. No habla y se alimenta mediante un botón gástrico por el cual recibe alimentación y la medicación que se le suministra actualmente (...) este accesorio impide que el paciente se deshidrate y se broncoaspire debido a su falta de coordinación entre deglutir y respirar. Al momento de la visita se encuentra con atención domiciliaria y cuidados paliativos destinados a asegurar el bienestar del niño en la etapa final de la enfermedad. (...) a fojas 25 consta acta de audiencia en la cual la progenitora manifiesta que la intención de ella y de su marido es que (...) no sufra más. Dice conocer que su patología no tiene cura y que el respirador artificial sólo va a prolongar su agonía (...) aclarando que como

padres nunca dejaron de sostenerlo y que desea que (...) tenga vida pero que sea digna y que su muerte sea digna. Manifiesta su voluntad de que frente a una crisis respiratoria o cualquier otra intercurencia (...) no sea ingresado a terapia intensiva ni reciba asistencia respiratoria mecánica. A fojas 27/32, la defensora de los derechos del niño emite dictamen. En su escrito relata los antecedentes del caso.

Las defensoras señalan que la pretensión del hospital es solicitar al Juzgado de Familia la autorización para respetar la decisión anticipada de los progenitores (...) en el sentido de negarse al prolongamiento artificial de la vida de su hijo. Indica que los médicos están obligados a respetar la voluntad y que en el caso de ser incapaces deben requerir la conformidad de sus representantes. Consideran que en el caso se hallan comprometidos los derechos fundamentales a la vida y dignidad, entendiéndose que debe aplicarse un criterio amplio y aceptarse la legitimación activa del profesional. Expresan que el derecho a la dignidad es parte del derecho a la vida y que no puede dejar de meritarse que la aplicación de métodos invasivos obligaría al menor a permanecer aislado en una sala de terapia intensiva con escaso contacto con su familia. Que tal situación escenifica la desolación de una forma de morir, ya que la aplicación de los métodos invasivos no tiene en el caso ninguna posibilidad de mejorar la salud del niño pudiendo reportar en él mayor angustia como así también en su familia (...) dictaminan a favor de que se resuelva favorablemente la pretensión ejercida.

A fojas 36/37 obra acta de Reunión Extraordinaria del Comité de Ética Hospitalaria del Hospital Castro Rendón. De su lectura se desprende “que habiendo tomado conocimiento y analizado el contenido de las actuaciones labradas, considerando además la información brindada por el grupo de profesionales de Cuidados Paliativos del Comité, expresa sintéticamente que resulta probable que el niño padezca que una intercurencia respiratoria que lo conduzca a una situación crítica que obligue a ingresarlo a salas de terapia intensiva y se le indiquen prácticas de soporte vital extraordinarias como la ARM, consideran que la justificación de cualquier tratamiento médico tiene justificación en los beneficios que debería producir su aplicación y que cuando no es razonable esperar tal beneficio pierde su justificación y no puede moralmente exigirse; en tales circunstancias coinciden con quienes sostienen que el objetivo terapéutico más adecuado sería el de los cuidados paliativos y desalientan la prolongación de la vida con técnicas de soporte vital extraordinarias. En consecuencia, consideran que existe justificación moral para considerar favorable el rechazo de los mencionados tratamientos

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

al niño (...) agregan que una decisión en tal sentido no importa privar al paciente de las medidas necesarias para atender a su confort psíquico, físico y espiritual, así como la posibilidad de su traslado al área de Cuidados Paliativos si fuera necesario, aliviando el sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente”.

A fojas 39, el Dr. (...) médico tratante del niño informa someramente el estado actual del niño, refiere que actualmente el contacto de (...) es solamente visual y considera “que de ser necesario ingresar en terapia intensiva en ARM, no cambiaría la evolución natural de la enfermedad (...) se encuentra en estado terminal”.

A fojas 42, luce acta de audiencias en la cual el Sr. (...) progenitor de (...) ratifica el consentimiento expresado ante el cuerpo médico tratante de su hijo. “Sostiene su voluntad de que frente a una crisis respiratoria o cualquier otra intercurrencia, (...) no sea ingresado a terapia intensiva ni que reciba Asistencia Respiratoria Mecánica en particular. Acepta se le suministre medicamentos, oxígeno con máscara, entrar con respiración y mangueras es hacerlo sufrir, no saldría”.

A fojas 46/47 luce acta de audiencia, en la cual se presenta espontáneamente la Sra. (...) y ante la suscripta relata diversas vivencias familiares de (...) con su grupo familiar muestra fotografías de distintas edades. Todas las fotos demuestran mucho cariño, contención familiar (...) cada foto demuestran mucho cariño (...) ella relata “Dios nos ha regalado un ser maravilloso, he aprendido a tener con (...) un lenguaje especial, nadie me lo ha enseñado, él me guía. Todos los días nos deja algo, el día que se vaya podrá estar más libre, pero le hemos dado todo, se va a ir con todos los ángeles para jugar, me ha regalado todo...”.

A fojas 48 se llama autos para sentencia.

Al cabo de la etapa introductoria, es menester efectuar algunas reflexiones conceptuales para luego analizar el posicionamiento de las partes en el proceso y valorar los informes y dictámenes emitidos. Ello previo a emitir pronunciamiento definitivo es solicitar al juzgado autorización para respetar la decisión anticipada de los progenitores de (...) teniendo en cuenta su actual estado de salud.

Así, se ha expresado que “los derechos personalísimos son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores

de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Dentro de ellos, adquieren especial relevancia, como principio del que partimos, el derecho a la propia vida y las facultades respecto del propio cuerpo, a la salud y a la integridad física en sus diversas manifestaciones” (Highton, Elena, RDPC, ps 169 y ss).

Las diversas posturas doctrinarias se originan a partir de hacer prevalecer uno de estos derechos sobre los demás. Como todos los derechos mencionados tienen jerarquía constitucional, la decisión que se adopte acerca de cuál de ellos debe primar ante la emergencia, no puede ser justificada jurídicamente, pues constituye una posición sin la cual no es posible desarrollar el análisis. La circunstancia de que sea un punto de partida axiológico no importa sustraer la decisión de la crítica, sino todo lo contrario, el debate acerca de la posibilidad de disponer de la propia vida, o desde otra perspectiva, acerca de los límites de la injerencia estatal mediante prácticas médicas, requiere, en primer término, que las partes transparenten los principios sobre la base de los que construirán las respuestas a eventuales cuestiones puestas a consideración.

En consecuencia, con lo manifestado precedentemente, considero que la libre disponibilidad de la propia vida, en cuanto su ejercicio dependa de la acción de terceras personas, constituye un derecho que sólo admite ser ejercido personalmente, de modo actual, o decidiendo hacia el futuro anticipándose a las circunstancias que regularmente son esperables frente al padecimiento de ciertas patologías . En todo caso, requiere que la persona sea plenamente capaz y consciente de las implicancias de su decisión debiendo ser previamente informada convenientemente sobre el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, así como con relación a los resultados probables de toda práctica médica.

La decisión sobre la disposición de la propia vida no puede emerger de una presunción legal o judicial, ni resultar de la voluntad de representantes legales. La manifestación expresa de la libre disposición de la vida no admite subrogancias de ninguna especie.

Por su parte, los derechos a la vida y a la dignidad personales no requieren ser invocados ni justificados. Su reconocimiento constitucional impone a los responsables del cuidado de la salud de todo paciente, aún cuando éste se halle impedido de manifestar su voluntad, la obligación de garantizar ambos derechos en la mayor medida posible.

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

En el caso que nos ocupa, la circunstancia de tratarse de una persona menor de edad actualmente impedido de manifestar voluntad alguna con relación a prácticas distanásicas (práctica médica que tiende a alejar la muerte a través de medios ordinarios y extraordinarios), impone la necesidad de extremar los recaudos en la valoración de la posición adoptada por padres y médicos, a fin de evitar que la decisión final trasunte por la voluntad ficta o presunta del menor.

Pero la limitación de las prácticas médicas invasivas no sólo puede hallar un obstáculo en la voluntad del paciente, sino que se encuentra también autolimitada en aquellos supuestos en los que constituya un caso de anastasia que no responde beneficio alguno al enfermo, importando a la vez una interrupción del recurso regular de una enfermedad que motiva una serie de perjuicios que degradan el derecho a la dignidad humana. Este tipo de intervenciones puede ser realizado a condición de que sean expresamente solicitadas por el paciente, pero en tanto no puedan justificarse como un instrumento de mejoramiento de la calidad de vida, la aceptación de su realización no puede presumirse.

En consecuencia, y dadas las circunstancias del caso, la pretensión ejercida por los profesionales de la salud y por los padres no puede tener otro alcance que el de ilustrar acerca de la inutilidad de la intervención consistente en la asistencia respiratoria mecánica, pues ésta implicaría el aislamiento del menor en una sala de terapia intensiva, sin que ello acarree, luego, una mejora de la calidad de vida, sino que, contrariamente, será ostensible el deterioro con relación al estado actual. En un caso semejante, la prolongación cuantitativa de la vida a cambio de un menoscabo cualitativo carece de toda legitimación.

Surge de las constancias del expediente, de los informes médicos realizados, que en todo momento el niño está bajo atención y cuidados médicos calificados como "cuidados paliativos", con atención farmacológica; y que el rechazo a que sea ingresado a terapia intensiva infantil con el objeto de realizar prácticas denominadas ARM no implicará porcentaje alguno de curación en la enfermedad de base.

Invocar en el caso el derecho a la vida con el objeto de imponer la sobrevida del paciente, vinculándolo de carácter permanente a una máquina, en un ambiente en el que el marco de contención familiar se encuentra sumamente condicionado, supone que la prolongación en el tiempo constituye un valor ontológicamente absoluto y superior a la permite una interpretación semejante; contrariamente, las normas internacionales contienen como regla interpretativa la prohibición de emplear cualquier reconocimiento de

un derecho para negar vigencia a los demás o restringir sus alcances fuera de todo marco de razonabilidad. Tal como se ha sostenido reiteradamente (ver LL del 15/9/2005, p 4. Con nota de Alfredo J. Kraut, entre otros), el reconocimiento de la dignidad de las personas impide que las prácticas médicas sean desarrolladas sin satisfacer ningún interés del paciente, o lo que resulta equivalente, asegurando su sobrevivencia en detrimento de todo sentido de la dignidad humana, tal como resultaría en el caso según la opinión unánime de los facultativos intervinientes (...) debe destacarse además que el reconocimiento de ciertos límites a la injerencia estatal en el cuidado de su salud, no desanda las intervenciones jurisdiccionales anteriores destinadas a garantizar la pretensión de exigir ciertas prestaciones médicas, en tanto ellas, consistieron en modalidades asistenciales que no menoscabaron la dignidad del menor, sino que constituyeron cuidados paliativos necesarios para atemperar las consecuencias adversas de su enfermedad.

La opción de médicos y progenitores expresada a favor de cuidados paliativos no invasivos presupone la opción a favor de dos actitudes fundamentales: el respeto por la dignidad de la persona y la aceptación de la finitud de la condición humana. Por ello, tanto los médicos como los familiares están en mejores condiciones que un extraño para evaluar lo que sería mejor para el niño.

En línea con lo anteriormente expresado, entiendo que en atención a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que afecta al niño (...) de ocurrir su muerte, ello será la consecuencia directa de su patología, respecto de la cual, en el actual estado de la ciencia médica, no existe aún ninguna terapia curativa, opinión unánime de los médicos intervinientes en la problemática de (...) del Comité de Ética del Hospital y de la perito médico de este Tribunal, Dra. Lidia Caunedo.

Resta entonces a la ciencia médica realizar la totalidad de las acciones que el arte de curar indiquen como cuidados paliativos en pos de la vida del niño, procurando las medidas necesarias para atender a su confort psíquico físico y espiritual, debiendo sostener en todo tiempo que las mismas sean dispensadas en su hogar, rodeado de sus padres, hermanos y afectos y en su caso considerar la posibilidad de su traslado al área de Cuidados Paliativos, si fuera necesario, aliviando el sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente.

Por ello, teniendo como norte la Convención sobre Los Derechos del Niño y el Adolescente, se resuelve: I.- Hacer lugar a la pretensión ejercida por el

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

señor (...) en su carácter de Director General del Hospital Castro Rendón; II.- Hacer saber a los médicos tratantes que deberán realizar todas las prácticas médicas necesarias consideradas como cuidados paliativos, disponiendo las medidas necesarias a fin de que (...) no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente y evitando que el niño ingrese a terapia intensiva infantil a efectos de recibir tratamientos invasivos. III.- Regístrese y notifíquese<sup>1</sup>.

## CAPÍTULO II

### 4. LA DIGNIDAD: CONSIDERACIONES PREVIAS

En éste acápite desarrollaremos el concepto de la dignidad desde un punto de vista filosófico, su triple dimensión y su acogimiento en nuestra Constitución y otras Normas Fundamentales que consideramos apropiadas.

#### 4.1. La Dignidad: Conceptos

“Como principio de la dignidad humana se entiende la exigencia enunciada por Kant como segunda fórmula del imperativo categórico: “Obra de manera de tratar a la humanidad tanto en tú persona como en la persona de otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio”. Este imperativo establece, en efecto, que todo hombre y más bien todo ser racional, como fin en sí mismo posee un valor no relativo (como es, por ejemplo un precio) Y sí intrínseco esto es, la dignidad ...”<sup>2</sup>.

“Deriva del latín dignitas, cualidad de la que el dignus (...) en sentido abstracto: carácter o cualidad del que es (y por analogía de lo que es) digno, es decir, como conviene y que por consiguiente merecen aprobación o incluso respeto. La actitud que es expresión de ese carácter (...) En sentido abstracto (una dignidad, dignidades) título, honor, cargo que sitúan a alguien en un nivel elevado de la jerarquía social <sup>3</sup>.

Nosotros la definimos a la dignidad como aquella cualidad que le es inherente al ser humano, que conlleva el respeto de terceros y la atención por parte del Estado como fin y no como medio. Por ello, tiene una dimensión subjetiva y objetiva. Es subjetiva, por lo que es consustancial o inherente hacia su persona

<sup>1</sup> En Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia “Derecho de Familia” Lexis Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires - Argentina P 149.

<sup>2</sup> ABBAGNANO, Nicole “Diccionario de Filosofía” Fondo de Cultura Económica - México - 1992 P 324.

<sup>3</sup> FOULQUIÉ, Paul “Diccionario del Lenguaje Filosófico” Editorial Labor S.A. - 1967 P. 266-267.

y objetivo por el respeto que merece de los demás conciudadanos y del Estado como ente protector.

#### 4.2. Las Dimensiones de la Dignidad

El análisis de estas dimensiones permite delimitar el reconocimiento al que nos permitíamos definir a la dignidad. Para ello tomamos como marco de referencia lo señalado por Rubén Santos Belandro<sup>4</sup>, al desarrollar a la dignidad del anciano en el derecho privado y que también sería aplicable a cualquier caso.

- El respeto por parte del Estado

La consagración normativa de la dignidad del hombre encontró su primera válvula de escape debido a que la necesidad de defenderse del Estado y de los poderes públicos en general (...) Visto lo cual existe en primer lugar una obligación del Estado de respetar la dignidad humana. Se trataría de una obligación de abstención de la realización de cualquier acto que ataque la dignidad de los individuos so pena de incurrir en responsabilidad.

- El respeto por parte de los terceros

La dignidad no sólo es un derecho reconocido a los individuos frente a los poderes públicos sino también un deber que se impone a las personas privadas. Por el hecho de que el Estado Promueva y defienda la dignidad de los hombres, los particulares no quedan exentos de reconocerle el derecho a la dignidad de las demás personas y la prohibición de atacar ese derecho.

- El respeto como dignidad de sí mismo

No es posible sustentar el concepto de dignidad del hombre si éste no lo vive y experimenta como una parte consustancial de si mismo. No basta que el Estado proteja a las personas en su dignidad, no es suficiente tampoco que los demás se la respeten a un sujeto concreto si, al final de cuentas, éste no la considera algo valioso, algo sin lo cual deja de ser humano.

También es importante traer a colación lo que dicen la Constitución Peruana y los principales textos constitucionales de Latinoamérica.

---

<sup>4</sup> En [WWW.ELDIAL.COM](http://WWW.ELDIAL.COM) DCA40

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

#### 4.3. La Dignidad en el Ordenamiento Jurídico Nacional y Extranjero

En nuestra Constitución Política es regulada en el artículo primero señalando que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Hace un interesante comentario Fernández Sessarego<sup>5</sup> “...El artículo 1º de la Constitución de 1993 al lado del respeto de la persona humana, enuncia también el deber de la sociedad y del Estado de respetar su dignidad. La “dignidad” es una calidad inherente a la persona, en cuanto está es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la identidad del ser humano.

El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual y además por el hecho de que, a pesar de todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana. Los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento...”.

Por otro lado, las Cartas Magnas que se indican a continuación resaltan también la importancia del Estado de proteger prioritariamente la dignidad; pues, constituyen aquellos presupuestos que permitirá constatar el normal desenvolvimiento de los demás derechos fundamentales. De esta manera, la dignidad se convierte en una especie de “barómetro” en el ejercicio de aquellos derechos.

La Constitución Política de Bolivia en su artículo 6 apartado II prescribe “...La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es prioridad del Estado...”.

La Constitución Política de Ecuador en su artículo 4 sostiene: “...El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección desde su concepción. (...) Toda persona será protegida en su integridad física y psíquica (...) la ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos...”.

La Constitución de Venezuela en su artículo 46 prescribe “...Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: (...)3.-Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento

<sup>5</sup> La Constitución Comentada artículo por artículo Editorial Gaceta Jurídica Tomo I Primera edición 2005, P. 11.

a experimentos científicos o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.”

### CAPÍTULO III

#### 5. AL EXISTIR UN “CONFLICTO” ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES ¿CÓMO SERÁ ABORDADO POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

El doctor Castillo Córdova, Luís<sup>6</sup> haciendo referencia a la visión conflictivista de los derechos fundamentales señala: “...Hoy es bastante común tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional que se hable de “conflicto” de derechos fundamentales. Según una visión conflictivista de los derechos fundamentales estos son realidades que pueden entrar en oposición entre sí. Ello es así porque se tiene el convencimiento que al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar, cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales”. Incluso se afirma que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”. Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para ello se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos (...) Dentro de este mecanismo de solución de los conflictos, la supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un litigio concreto, baremos que en definitiva vienen bastante marcados por cuestiones ideológicas. Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se suele afirmar que la libertad de información es jerárquicamente

<sup>6</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luís “Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales” Editorial GRIJLEY 2008 P. 50.

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

superior al derecho a la intimidad o al derecho al honor, en cuanto aquella libertad tienen una especial relevancia para el asentamiento democrático de una sociedad, valor que no se encuentra en derechos como el derecho a la intimidad o el derecho al honor...”.

En los últimos cuatro años el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, frente aquellos presuntos “conflictos” de derechos fundamentales se ha podido evidenciar que al expedir sus respectivos pronunciamientos han sido disímiles o singulares debido al enfoque que cada uno aborda, conforme veremos a continuación

### ¿CÓMO SE HA PRONUNCIADO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS ANÁLOGOS?

Si bien es cierto, luego de una prolija búsqueda sobre un posible conflicto de derechos fundamentales entre la dignidad y la vida de una persona no fue hallado; sin embargo, a fin de poder analizar la tendencia del Supremo intérprete de la Constitución en caso de un presunto conflicto de derechos fundamentales, traemos a colación algunos casos que nos permitirán extraer los parámetros y principios que adopta

#### 5.1. El caso “Magaly Medina” (Expediente número 6712-2005-PHC/TC)

Se trató del conflicto generado entre la libertad de información y la vida privada; debido a que el 31 de enero del 2000, en el programa televisivo “Magaly TV” se difundiera por un canal de televisión de señal abierta un video editado que contenían datos íntimos de Mónica Adaro Rueda, donde se le apreciaba teniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino.

Ante esta situación surgían las siguientes hipótesis acoger la Visión Conflictivista de aquellos Derechos Fundamentales o realizar una visión unitaria o uniforme.

El Tribunal Constitucional consideró que al afrontar estas aparentes colisiones entre derechos fundamentales se pueden desarrollar ambos sin que ninguno desaparezca; pues no existen jerarquías entre aquellos derechos que ostentan el mismo rango o nivel.

#### 5.2. El Caso “Lizana Puelles” (Expediente 5854-2005- PA/TC)

El petitorio de la demanda tuvo por objeto se declare la nulidad de una resolución expedida por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) que declaró

fundada la apelación presentada contra el acuerdo formalizado mediante la Resolución de Concejo N° 039-2004-CDC/A ordenó la vacancia del recurrente en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chanchaque - Piura.

Fijó principios de interpretación constitucional que no se agotan en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico) sino el Supremo intérprete establece principios que complementarán la labor hermenéutica del juzgador. Tales principios señalados en el Duodécimo Fundamento Jurídico son:

- Principio de Unidad de la Constitución

Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

- Principio de Concordancia Práctica

En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos y teniendo presente que, en última instancia todo precepto, constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica”.

- Principio de Corrección Funcional

Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales.

- Principio de Función Integradora

El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

- Principio de Fuerza Normativa de la Constitución

La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante “in

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

toto” y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

### 5.3. El Caso “Tijuana” (Expediente N° 7624- 2005-PHC/TC)

Si bien es cierto, este caso se encontraría alejado del tema objeto del ensayo pero es importante considerarlo para extraer el razonamiento o línea de orientación que adopta el Tribunal Constitucional, al existir un “conflicto” entre un derecho fundamental (la libertad individual) con un interés colectivo la sociedad y el delito objeto de investigación (tráfico ilícito de drogas).

A pesar de ello, el demandante Hernán Ronald Buitrón Rodríguez, interpuso su demanda de hábeas corpus solicitando su inmediata excarcelación por haber transcurrido en exceso el plazo máximo de 36 meses previsto en el Código Procesal Penal, porque consideraba que se vulneraba su derecho a ser juzgado en un plazo razonable (artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no amparó la demanda a pesar de encontrarse una colisión con la libertad del recurrente (obviamente un derecho fundamental) al considerar que la sociedad no podía ser expuesta a peligros, la estabilidad del sistema democrático y lo que representaría además un grave peligro para la soberanía nacional.

### ¿CÓMO SE HA PRONUNCIADO EL PODER JUDICIAL EN CASOS ANÁLOGOS?

A diferencia de la posición asumida por el Tribunal Constitucional la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad número 3301-04/Lima en su resolución de fecha 28 de abril del 2005 declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que condena a Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellano por el delito contra la libertad – violación de la intimidad – en agravio de Mónica Adaro Rueda a 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo la observancia de las reglas de conducta que allí se indican.

A diferencia de la posición asumida por el Tribunal Constitucional el Poder Judicial asume, en esta materia, la tesis conflictivista, al señalar en el Sexto Considerando “... La doctrina informa además que, el derecho de información no es absoluto, pues ningún derecho lo es y ha de coexistir – pacíficamente con otros derechos fundamentales. En efecto, a partir de la Constitución Política

se establece que, cuando el ejercicio de tales libertades resulten afectados la intimidad y honor de las personas, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental que para resolverlo deberá recurrirse a los baremos siguientes: a).- La no existencia de derechos fundamentales absolutos, ni de límites absolutos a éstos, b).- la delimitación de los derechos enfrentados, distinguiendo entre la libertad de información y de expresión , por un lado y el derecho a la intimidad personal por otro; c).- La importancia de los criterios de ponderación.

Aspecto que también fluye del Acuerdo Plenario 3 - 2006/ CJ - 116 que en su Octavo Fundamento Jurídico establece “...La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o información. La base de esta posición estriba en que en principio los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión - manifestación de opiniones o juicios de valor - y de información - imputación o narración de hechos concretos- gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro (ambos tienen naturaleza de derecho - principio. A este efecto , uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo...”<sup>7</sup>.

Víctor Hugo Chávez refuerza nuestra posición al señalar que “...Es claro que las SP (Salas Penales) de la CS (Corte Suprema) ha asumido patentemente una teoría conflictivista (...) El problema de un planteo de este tipo es que erróneamente se ha tratado de asumir la preferencia - ya sea en clave de primacía o en clave de prevalencia - de uno de los derechos involucrados, alejándose el expediente del conflicto de la concepción de los derechos en situación de igualdad ...”<sup>8</sup> (El resaltado y agregado es propio).

La posición que asumimos es la interpretación unitaria y armoniosa de los derechos fundamentales al no existir verdaderos conflictos por ello constituyen meras apariencias porque todas ostentan el mismo rango; aspecto que difiere de la visión conflictivista.

<sup>7</sup> En “Precedentes Vinculantes, Sentencias Casatorias y Ejecutorias Relevantes en Materia Penal De La Corte Suprema de Justicia de la República” Fondo Editorial del Poder Judicial - Corte Suprema de Justicia de la República, P. 58.

<sup>8</sup> CASTILLO ALVA, José Luís “Comentarios a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema” editorial GRIJLEY 2008; pp. 710 -711.

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

## CAPÍTULO CUARTO

### 6. ¿EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO CÓMO PODRÁ SOLUCIONAR CUÁNDO LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA Y LA DIGNIDAD DE UN HIJO MENOR DE EDAD SE ENCUENTRAN EN PUGNA?

Una vez delimitadas las líneas de interpretación de la doctrina, el Tribunal Constitucional y la posición divergente de la Sala Penal de la Corte Suprema, retomaremos el tema objeto del ensayo a fin de asumir una posición al respecto.

El caso expuesto por el Juzgado de Neuquén resalta la opción formulada por los médicos y los progenitores del niño a los efectos de que reciba cuidados paliativos no invasivos, pues frente a la grave progresiva e irreversible enfermedad que lo afecta, respecto de la cual no existe ninguna terapia curativa, sólo correspondía realizar las medidas necesarias a fin de que no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de la vida remanente.

Los métodos invasivos, este tipo de tratamiento recibe esta denominación por cuanto por las causas o síntomas de una enfermedad (apendicitis, peritonitis, cáncer, úlcera, etc.) será necesario hacer una abertura "invasión" a través de una cirugía; de allí, se genera la denominación. Donde existe mayor agresión por la forma de intervención quirúrgica.

Mientras que los métodos paliativos conllevan el mantenimiento de la salud mediante medios menos agresivos utilizando el apoyo de los avances de la tecnología para conseguir los mejores tratamientos clínicos. En esta clase de tratamiento no existe la intervención quirúrgica. A modo de ejemplo: auscultar al paciente, la toma de placas de rayos x, etc.).

Como se puede apreciar estos últimos no invaden el cuerpo con material quirúrgico.

Ahora bien, la enfermedad del niño denominada mucopolisacaridosis se caracteriza por ser de curso crónico, progresivo, con gran variabilidad en la gravedad y evolución de los síntomas consiste en aspecto tosco, prominencia frontal, pelo y cejas gruesas; pueden presentar cataratas, glaucoma,, infecciones respiratorias repetidas.

En los pacientes con mucopolisacaridosis la muerte ocurre por falla cardíaca.

El punto medular de la resolución objeto de comentario se centra en determinar si por la sintomatología (apenas puede ingerir un poco de líquido, sujeto a un botón gástrico por donde recibirá sus alimentos, y ser hidratado; crisis respiratoria, etc.) que presenta la enfermedad no desean prolongar la vida del menor dado que consideran que el uso de medios artificiales se tornarían cruentos y desproporcionados; por ello, rechazan tratamientos médicos invasivos porque su hijo tiene derecho a vivir con la mayor dignidad posible y una muerte digna.

Frente a esta coyuntura cabe preguntarnos: ¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

Nuevamente los que acogen la visión conflictivista de los derechos fundamentales indicarían que se advertiría un típico caso de pugna de aquellos derechos; donde sería necesario acudir al “juicio de ponderación” o el sacrificio del derecho de menor valía.

Partiendo de que la Constitución Política en su artículo 1 hace referencia a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado; se deberá hacer la interpretación unitaria y armoniosa de estos derechos fundamentales que incluso tienen protección en diversos instrumentos internacionales. Y como ambos se encuentran en la misma jerarquía, su naturaleza lo exige, no podremos sacrificar ninguno a pesar de que se utilicen los tratamientos paliativos o invasivos; más aún, si la dignidad forma parte integrante de la vida.

No compartimos la decisión del Juzgado de Neuquén en cuanto dispone que los médicos tratantes del menor eviten ingresar a terapia intensiva infantil para recibir tratamientos invasivos.

Como se indicó para la aplicación de los métodos invasivos y paliativos es necesario analizar caso por caso.

Considero que el hecho de utilizar métodos invasivos a pesar de la cirugía mayor o menor que podría utilizar el galeno de ninguna manera su ejercicio profesional estará orientado a vulnerar la dignidad de un paciente; dado que, la dignidad se inicia con el respeto y porque se buscará analizar los siguientes criterios: a) La proyección de vida y b) La calidad de vida; c) El uso de los medios que se encuentran a su alcance que causen el menor sufrimiento posible y los menores efectos colaterales adversos; d) El médico

¿Qué hacer cuando la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

se convierte en el primer defensor de los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional.

## **7. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS**

La posición que asumimos es la interpretación unitaria y armoniosa de los derechos fundamentales al no existir verdaderos conflictos; por ello, constituyen meras apariencias porque todas ostentan el mismo rango; aspecto que difiere de la visión conflictivista.

El uso de los métodos paliativos o invasivos de ninguna manera vulnerarán la dignidad humana; dado que, la motivación de los galenos es preservar, rehabilitar la salud de los pacientes.

La aplicación de los métodos invasivos y paliativos es necesario analizar caso por caso.

A fin de uniformizar los criterios entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional uno de los temas a esbozarse en los próximos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema y Salas Civiles de esta instancia, Plenos Jurisdiccionales en las Cortes Superiores a nivel Nacional el acogimiento de la posición unitaria y armoniosa de los derechos fundamentales en caso de concurrencia.

La continuación de talleres de capacitación teórica - práctica dirigida permanentemente a los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales en temas de esta naturaleza a fin de mejorar la calidad del servicio en la impartición de justicia.



# LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE EL DELITO DE LA OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA MODALIDAD DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN A PRESTAR LOS ALIMENTOS

IVÁN AMHED ORÉ CHÁVEZ

## RESUMEN

El autor desarrolla la evolución legislativa respecto a la punición ante el incumplimiento de las obligaciones alimentarias en el derecho peruano, con referencia a las filosofías que las informaron –jusnaturalismo y positivismo– haciendo un breve análisis de las dos últimas propuestas legislativas en la materia, concluyendo por la viabilidad del Proyecto de Ley N° 2800/2008-CR, a fin de crear mecanismos que aseguren el cumplimiento en el pago de la obligación alimentaria.

**Palabras clave:** Obligación alimentaria, desarrollo legislativo, punición.

## SUMARIO

1. Introducción. 1.1. Sobre el tema a tratar. 1.2. Contenido concreto y central del tema. 1.3. Objetivo de la investigación a desarrollar. 2. Las filosofías jurídicas en el desarrollo histórico de la legislación peruana. 2.1. El anteproyecto de ley que instituye el delito de abandono de familia. 2.2. La Ley N° 13906, Ley Punitiva del Abandono Familiar. 2.3. El Código Penal de 1991. El delito de omisión de asistencia familiar. 2.4. Sobre la filosofía jurisprudencial. 2.5. Sobre el Proyecto de Ley 391/2006-cr. sobre la prisión efectiva. 2.6. Sobre el proyecto de Ley 2800/2008-cr. Los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la prestación alimentaria. 3. conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Sobre el tema a tratar

El presente trabajo gira alrededor de un tema principal: la continua yuxtaposición de la concepción de los derechos humanos entre las corrientes jusnaturalista y positivista en el devenir histórico del derecho peruano, pero debido al universo amplio que ello acarrea y las exigencias requeridas para la elaboración de este trabajo nos centraremos en la evolución legislativa respecto a la punición de las obligaciones alimenticias en el derecho peruano.

En esta materia en concreto, la obligación alimenticia en su ser aparece para los jusnaturalistas del constitucionalismo como una obligación natural que preexiste a su reconocimiento por el poder público, sea por medio del mandato legal o judicial, el cual sólo sería un revestimiento de esta obligación prístina, es decir anterior, primera, primitiva y original. Pero ahí no acaba esta filosofía humana, esta obligación en su devenir se encuentra inserta en un orden social natural debidamente ordenado por la providencia, por lo que su alteración trae consigo una anormalidad que debe ser reparada para que todo vuelva nuevamente a funcionar de manera correcta. Para los primeros jusnaturalistas los hechos reparadores están representados en el arrepentimiento con obras y el perdón. Para ellos los derechos humanos son anteriores al Estado y no necesitan su reconocimiento para existir.

En lo que atañe a los positivistas legalistas, la obligación alimenticia para ser tutelada penalmente debe ser puesta con indubitabilidad, cuantificado y determinado con seguridad, y para esta corriente la seguridad se halla en la ley y las demás decisiones del poder público lo cual incluyen los mandatos jurisdiccionales, por ello para el positivismo la tutela penal no debe abarcar a la obligación prístina sino sólo a aquella que ha recibido el reconocimiento concreto del Estado sea por medio de una asignación provisional o una sentencia judicial.

De lo visto se podrá colegir que el positivismo encierra aunque no desee aceptarlo la exigencia del respeto al orden social regulado y controlado por el Estado, considerando una anormalidad la desobediencia a los mandatos del poder público, por eso los positivistas en materia de incumplimiento de obligaciones alimenticias sólo piensan en la punición como único efecto de la contravención ocurrida y el resarcimiento del daño como una reparación civil, pues consideran que el daño ya ha sido hecho y no se puede dar marcha atrás para impedirlo. Para ellos los derechos humanos sólo alcanzan efectividad en la medida en que son reconocidos por el Estado.

Es en base a estos razonamientos es que trataremos de entender la filosofía pasada, presente y futura que se encierra dentro de toda la legislación que ha penalizado la omisión a la asistencia familiar por incumplimiento de las obligaciones alimenticias.

## 1.2. Contenido concreto y central del tema

El pasado 21 de Julio La Comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso de la Republica emitió un Dictamen favorable al Proyecto de Ley

Número 2800/2008-CR el cual “propone ley que crea en el Código Penal, mecanismos que aseguren el cumplimiento de la obligación alimentaria prevista en los delitos de omisión a la asistencia familiar”, sin embargo había recibido un dictamen negativo en la Comisión de Justicia y derechos Humanos el día 3 de abril del presente año, este proyecto de ley fue ingresado el 22 de octubre del 2008 siendo decretado a ambas comisiones donde llegó el 28 del mismo mes.

Respecto al motivo del dictamen negativo en la comisión referida, debemos indicar que este proyecto fue revisado en forma conjunta con otro proyecto de Ley, el signado con el número 391/2006-CR ingresado en fecha 12 de octubre de 2006 el cual contenía un “ley que dispone la aplicación de prisión efectiva en casos de delitos de omisión de asistencia familiar” siendo el 19 de ese mes decretado a las comisiones anteriormente mencionadas recibiendo el 26 de abril de 2007 un dictamen favorable por parte de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social el que fue alcanzado por unanimidad, sucediendo que el proyecto hermano número 2800 aparece posteriormente por lo cual ambos se acumulan para ser revisados en la Comisión de Justicia y derechos Humanos donde se emite el Dictamen desfavorable.

Pero la opinión desfavorable se debió tanto a observaciones al proyecto 2800 como a las hechas a su hermano mayor, el proyecto 391, lo cual se deduce claramente de la lectura del dictamen, es cuando este primer proyecto es visto independientemente en la Comisión de Justicia y derechos Humanos cuando se decide por su aprobación.

Lo cual nos lleva a la pregunta ¿que tenían estos dos proyectos de singular? Para contestarnos esta pregunta debemos entrar al contenido de ambos proyectos.

Empecemos por el proyecto número 391/2006-CR este fue concebido por el grupo ALIANZA PARLAMENTARIA y proponía modificar los artículos 57°, 62°, 68°, 149°, y 150° del Código Penal, así como modificar el artículo 286° del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de disponer la aplicación de prisión efectiva en casos de delitos de omisión de asistencia familiar que afecten a menores de edad o a quienes tengan incapacidad física o mental permanente, posteriormente recibió un Dictamen favorable de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social sin embargo este se emitió con un texto sustitutorio el cual acogió la propuesta para los delitos de omisión a la asistencia familiar, pero eliminando del texto legal propuesto la frase “que afecten a menores de edad o a quienes tengan incapacidad física o

mental permanente”. Posteriormente el dictamen negativo que obtuvo en la otra comisión fue por ser un proyecto elaborado según lo que podríamos calificar de “criterios jurídicamente estrictos”, el cual estaba influenciado por una filosofía eminentemente positivista.

El otro proyecto es el número 2800/2008-CR fue concebido por el APRA cuya propuesta consiste en modificar los artículos 57º y 62º e incorporar el artículo 69º-A al Código Penal, con la finalidad de crear mecanismos que aseguren el cumplimiento de la obligación alimentaria prevista en los delitos de omisión a la asistencia familiar<sup>1</sup>. Este recibiría el dictamen negativo de la Comisión de Justicia y derechos Humanos debido a “que no hay en la legislación comparada normas que exijan para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio y la rehabilitación el pago total o parcial del monto de la obligación en general y la alimentaria en especial” siendo diferente el resultado cuando es visto en la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social donde si es aprobado el proyecto por considerarse que su implementación cumpliría con la finalidad primordial la cual es el cumplimiento de la prestación alimenticia en atención al interés superior del niño y del adolescente. Este proyecto lo podríamos calificar en su elaboración de estar formulado en base a un “criterio jurídicamente flexible” con una influencia claramente jusnaturalista.

### 1.3. Objetivo de la investigación a desarrollar

Si queremos entender el papel que han tenido de estas dos corrientes en el desarrollo de la legislación de nuestro país, debemos comprender primero la evolución legislativa de este instituto jurídico desde sus orígenes hasta la actualidad, así como las distintas concepciones que informaron la normativa existente y que terminaron desembocando en la actual legislación, para por último extrapolar la futura corriente de derecho que resulte mas acorde a la realidad de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> Estos mecanismos serían a) suspender la ejecución de la pena si el inculpado al momento de emitirse la sentencia cumple con cancelar por lo menos las tres cuartas partes del monto total de la obligación alimentaria que dio origen al proceso penal; b) disponer la reserva de fallo condenatorio cuando el sentenciado cumpla con cancelar el integro de la obligación alimentaria que dio iniciación al proceso penal; c) la improcedencia de la rehabilitación automática cuando el sentenciado no ha cumplido con pagar el integro de la obligación alimentaria que dio origen a la sentencia condenatoria.

## 2. LAS FILOSOFÍAS JURÍDICAS EN EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE OMISIÓN A LA ASISTENCIA ALIMENTARIA

### 2.1. El anteproyecto de ley que instituye el delito de abandono de familia

Este anteproyecto fue remitido por el Decano del Colegio de Abogados de Lima, Félix Navarro Irving, al Ministro de Justicia y Culto, Alejandro Freundt Rosell, mediante carta de fecha 25 de noviembre de 1952. (NAVARRO IRVINE: 1954).

La importancia de este documento como punto de inicio del debate oficial sobre el carácter punitivo del incumplimiento a los deberes asistenciales no solamente se halla en su propuesta normativa sino en su exposición de motivos el cual expresa la filosofía de la época. En efecto, esta habla de que “si se quiere forjar una nacionalidad robusta debe sobretodo defenderse la familia (...) sustentándola con medidas legislativas de protección” tenemos una visión que, reconociendo a la familia como una institución natural, acepta que el Estado se encuentra en la obligación de protegerla porque al hacerlo también estaría contribuyendo al fin secular del Estado latinoamericano en particular: forjar la nacionalidad<sup>2</sup>.

A continuación se justifica la penalización de esta figura en el hecho de que las sanciones civiles de privación de la patria potestad o de concesión de separación matrimonial, casi puede decirse que han fracasado, por lo menos son insuficientes para una eficaz protección de la familia; es decir estamos ante una visión anterior del modelo ideal del buen cristiano al que todos desean llegar para ser considerados salvos, la legislación anterior consideraba como una solución al incumplimiento de la asistencia familiar declarar al que incurre en esta acción como expulsado de la comunidad familiar disolviendo su vínculo con aquellos miembros de su familiar que se han visto afectados por su desatención sea a través de la separación matrimonial (estatus de jefe del hogar) o privándole del ejercicio de la patria potestad (estatus de padre) en otras palabras la legislación anterior de clara influencia naturalista

---

<sup>2</sup> Debemos entender que los fines del Estado han variado en relación a las sociedades. En el medioevo surgió la cosmovisión cristiana del Estado de salvación, por el cual el poder político era un instrumento para ayudar a las sociedades a alcanzar la Ciudad de Dios, la Nueva Jerusalén donde todos eran salvos, es con el emerger del Estado moderno del siglo XVI que los fines del Estado se secularizarían resumiéndose en garantizar la paz, la seguridad y la felicidad de las personas. Frente a esto debemos entender que los Estados latinoamericanos nacen siglos después no existiendo otro factor de cohesión que el poder político y religioso, por lo que en su origen el Estado latinoamericano agregaría una finalidad más: *el fabricar de la heterogénea y multicolor sociedad asentada en su territorio una sola nación para poder tener así un Estado moderno.*

escolástica sancionaba esta conducta con un especie de excomunión familiar, importando la cosmovisión católica ortodoxa a una realidad secular y laica, por lo cual concibió frutos estériles en la vida social.

Pero ello no implica el descarte del jusnaturalismo decimonónico que siempre se ha encontrado preocupado por medio de sus juristas en hacer del Estado un instrumento para tutelar los mandatos divinos respecto a la familia, lo que sucedió con el anteproyecto fue su modernización tradicionalista para que lo viejo pueda seguir existiendo, pero con nuevo ropaje, el levemente tibio revestimiento positivista de la segunda post guerra mundial.

Efectivamente, el anteproyecto en su propuesta legislativa establece tres modalidades que determinan el delito de abandono de familia:

- a) El abandono propiamente dicho que es la ausencia voluntaria del hogar (artículo 1º, letra “a”),
- b) El descuido malicioso de los deberes de asistencia, aun viviendo dentro del hogar, al punto de exponer a los hijos a peligros morales o a la miseria (artículo 1º, letra “b”); y
- c) La rebeldía en el pago de las pensiones alimenticias a que se ha ido condenado (artículo 3º);

Es aquí donde vemos la presencia del positivismo emergente al momento de mostrar esta propuesta de ley una tendencia a valorar preferentemente los aspectos materiales de la realidad describiendo conductas concretas sin que sea desde ahora necesario para los operadores del derecho tener que recurrir a los cánones de la Iglesia, rechazando por consiguiente toda noción a priori y todo concepto universal y absoluto provenientes de las cosmovisiones religiosas dominantes<sup>3</sup>.

Sin embargo eso no significa que el jusnaturalismo haya sido desterrado completamente del pensamiento de los juristas de ese entonces - ni siquiera de los de ahora - como puede notarse de las dos primeras conductas tipificadas en la propuesta, se abarca la protección a las obligaciones naturales y morales sin necesidad de un previo visado del poder público, es decir de un mandato judicial preexistente.

<sup>3</sup> Un ejemplo de esta injerencia lo podemos ver en el Código Penal de 1924 al penar este el adulterio como delito, sin embargo, no lo tipifica en ninguna parte de su texto, se sobreentendía que los juristas de ese tiempo influenciados por la escolástica habían elaborado dicha norma partiendo de las verdades reveladas por los dogmas de la religión siendo estos el referente para determinar la existencia del delito y no la tipificación positivista.

Sin embargo el hecho de existir la tercera tipificación no significa una irrupción brusca del positivismo secular, esta conducta se sanciona en su primera aparición como una falta correspondiéndole por pena prisión de 8 a 30 días, mientras que su reincidencia constituía un delito castigado con prisión de 2 a 6 meses. Esta pena guarda un notorio contraste con las dos conductas anteriores que consisten en prisión de 1 mes a 2 años o multa de 100 mil soles o ambos, y por si fuera poco contemplaba una pena accesoria, la privación de la patria potestad y de los derechos de familia es decir la excomunión familiar, yendo mucho más allá pues también añadía como pena accesoria la privación de los derechos políticos, es decir una moderna versión de una excomunión política apartando al individuo de su status de ciudadano, de miembro de una comunidad política.

Como puede observarse los creadores de este anteproyecto tenían muy en claro que en materia de bienes jurídicos a ser protegidos por el Estado, estos tenían mucho más valor cuando se le afectaba en el incumplimiento de la obligación prístina, es decir como manifestación natural y moral nacida espontáneamente de la realidad social de un todo ordenado por la providencia; sucediendo que cuando esta obligación se encontraba emanada de un mandato del poder público su importancia era mucho menor. Este sentido en la graduación de las penas tenía indudablemente una tendencia jusrrealista a concebir el incumplimiento de la asistencia familiar.

Otro punto que expresa la filosofía imperante se encuentra en los supuestos donde procedía la disminución del poder punitivo. En efecto, el proyecto desarrolla este tema basado en situaciones relacionadas al estatus procesal del agente activo:

Si estaba sentenciado, y en el caso de incurrir en las dos primeras conductas, es decir, el incumplimiento de la obligación en su estado prístino, el sentenciado podría sustituir la pena de privación de la libertad por el ingreso a casas de trabajo o institutos de readaptación,

Si era inculcado, es decir la persona era objeto de la acusación de este delito en un procedimiento penal, la acción podría extinguirse por el perdón del ofendido,

Sea inculcado o sentenciado y encontrándose en juicio por el incumplimiento de cualquiera de las tres conductas tipificadas se podría conceder la libertad provisional con la condición de que se cumplan los deberes familiares; otro modo era cuando el inculcado no había sido procesado anteriormente con el mismo delito y falta,

Es decir, en el pensamiento de los juristas que redactaron este anteproyecto, la finalidad principal que se buscaba tras penalizar el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no era la simple punición preventiva, sino el restablecimiento de ese orden natural y divino alterado por tales conductas tipificadas en su propuesta, por eso mismo el asumir nuevamente el estatus de padre al brindar la asistencia familiar tal como lo dictaba la ley natural, así como el perdón otorgado por el ofendido constituían actos de restablecimiento de este orden social, y por consiguientes volvían en innecesarias la agresiva función punitiva del Estado graduándola en función al restablecimiento de la normalidad social. Es decir tanto el perdón como el arrepentimiento servían para aplacar la cólera de poder punitivo del Estado.

Por todo ello el anteproyecto comentado aunque parecía un avance hacia la positivización del derecho en realidad es su inserción en la mentalidad jurídica de la época pero en convivencia o yuxtaposición con los dogmas preestablecidos.

## 2.2. La ley número 13906. Ley punitiva del abandono familiar (Martínez g., s: 1962)

Esta ley fue promulgada el 24 de enero de 1962 y se tituló Disposiciones y sanciones para los que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente, aunque a los meses sería bautizado como la Ley Punitiva del Abandono Familiar.

Esta ley establecía en su primer artículo el tipo penal consistente en aquel que teniendo la obligación de prestar alimentos a un menor de menos de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que esta bajo su patria potestad, tutela u otra forma de dependencia, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento.

A simple vista pareciera que este tipo fue elaborado bajo una idea jusnaturalista de obligación natural o moral prístina, sin embargo su artículo 5º estipula los requisitos de procedencia: a) resolución que señale asignación provisional de alimentos, o sentencia en el juicio correspondiente, y b) que el obligado no haya cumplido su obligación después de haber sido requerido bajo apercibimiento.

Es decir esta redactado siguiendo los principios de un positivismo estatista por el cual sólo aquello puesto en reconocimiento por el poder público estatal puede ser tutelado penalmente por él. Sin embargo aún no se pudo hablar de purismo, el segundo párrafo es prueba de la convivencia yuxtapuesta de estas

filosofías pues prescribe la inexigibilidad de estos requisitos si el demandado ha simulado otro proceso de alimentos en connivencia con tercera persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, es decir sólo en este caso especial se podía tutelar la obligación natural en su forma prístina sin necesidad de la previa calificación como tal por el Estado.

Respecto al aplacamiento de la ira punitiva:

- a) Esta Ley no menciona el perdón, sino el desistimiento del agraviado si este fuera mayor de edad, lo cual causa que se corte el proceso.
- b) Asimismo para los condenados se establece la reducción de la pena a la mitad siempre y cuando estos paguen las pensiones adeudadas y garanticen las futuras a satisfacción del juez, implicando también este hecho su libertad provisional bajo caución. Es de notar que estos beneficios se cancelaran si el responsable vuelve a incumplir con su obligación alimentaria.

Puede notarse el avance de las ideas positivas en este dispositivo legal si se le compara con el anteproyecto presentado casi una década atrás, en éste la obligación prístina y la judicializada coexistían dando una marcada preferencia a la puramente natural, mientras que ahora este dispositivo legal establece la protección de la obligación puramente natural pero sólo como una excepción ante la cual se inaplican las reglas especiales de procedencia estipuladas para este delito en específico.

Asimismo la ley ya no adopta la sustitución de la pena como si era en el anteproyecto, pero si recoge el aporte consistente en la libertad provisional en caso de que el responsable cumpla con cancelar la totalidad de la deuda de los alimentos. Y sobre la cuestión del perdón del ofendido que el anteproyecto menciona, esta ley lo equipara al desistimiento procesal pero sólo del mayor de edad, es decir trata de dar a entender que el perdón como ámbito de la esfera privada ya no es relevante para el nuevo derecho positivista.

Por lo que podemos concluir que la ley punitiva del abandono familiar era igual que el anteproyecto una hechura legal de posiciones filosóficas yuxtapuestas que convivían en este cuerpo legal, diferenciándose en el hecho de que inclinaba la balanza a favor de las posiciones positivistas. Esta ley sería posteriormente derogada expresamente por la Primera Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y vigente al 1 de enero de 1993, dispositivo que también estipulaba que quedaban igualmente derogadas las normas que establezcan procedimientos preferentes o especiales para el pago de obligaciones o para la ejecución

judicial de garantías, debiendo todo procedimiento de prestación alimenticia tramitarse conforme al proceso específico regulado en este Código[Procesal Civil].

La ley de abandono de familia colisionó con el emergente positivismo racionalista, es decir esa tendencia a ordenar cuadriculadamente los institutos jurídicos para obtener un mejor desempeño y garantía de la maquinaria jurisdiccional, sucediendo que el Juez Penal era además Juez de Familia Civil al tramitar el pago de la pensión alimenticia, situación que no iban a permitir los autores del Código Procesal Civil.

Es por eso que según este racionalismo ordenador, el Juez Penal sólo castiga el delito denunciado mientras el Juez Civil sólo exige la prestación demandada. Pero aún así este legalismo racionalista significó una exageración al abolir la ley punitiva del abandono familiar en vez de mejorarla. Más adelante veremos que el resultado fue la reducción significativa del jusnaturalismo para poner en vigencia una nueva legislación más acorde con la filosofía legalista.

### 2.3. El Código Penal de 1991. El delito de omisión de asistencia familiar

Es de notar que antes de la derogación expresa de la Ley N° 13906, ya se encontraba vigente el Código Penal de 1991, el cual terminó suplantando a aquel cuerpo legal hasta la actualidad. Este Código Penal en su artículo 149° la Omisión de prestación de alimentos cuyo texto literal es:

*El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.*

*Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

*Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.*

Como puede verse la actual legislación penal es de un marcado carácter positivista, sólo persigue la conducta que se halle en desobediencia a la orden judicial de asistencia familiar, ya no contempla la obligación en su estado

puro y prístino, ni siquiera como una excepción. Es tal como lo explica Salinas Siccha en su obra sobre el Derecho Penal:

*(...) para la configuración del delito en hermenéutica resulta indispensable la pre-existencia de un proceso civil sobre alimentos, en el cual un juez natural ha precisado el deber de asistencia inherente a la institución familiar; de ese modo la obligación de asistencia tiene que ser precisada mediante resolución judicial consentida. Sin previo proceso sobre alimentos es imposible la comisión del ilícito penal de omisión de asistencia familiar. (Salinas: 2007, 400)*

Es decir sólo serían alcanzadas por la protección del derecho punitivo el incumplimiento de las obligaciones familiares de asistencia que hayan sido previamente calificadas por un Juez natural de un proceso de alimentos.

Nótese como la normativa actual es una depuración de los aportes jusnaturalistas de la legislación anterior, pues ya no admite la protección de la obligación prístina a la cual aún no ha alcanzado el mandato judicial, asimismo no admite las opciones del perdón y del arrepentimiento como modos de atenuar el poder punitivo del Estado.

Pero ahí no se agota la postura positivista de la norma, el tema del bien jurídico tutelado nos hace ver que al consistir este en el deber de asistencia, auxilio o socorro que tienen los componentes de una familia entre sí<sup>4</sup>, y al condicionar esto al deber revestido por un mandato judicial, se estaría paulatinamente caminando hacia el mandato judicial como bien jurídico, lo cual terminaría por desnaturalizar el instituto.

Es allí donde aparecen estos dos proyectos de ley con los cuales iniciamos esta investigación, los cuales serán definitivamente analizadas en este trabajo, no sin antes hacer un análisis de la doctrina jurisprudencial contrapuesta en torno a esta materia.

#### 2.4. Sobre la filosofía jurisprudencial

En el año 2002 la Fiscal Tapia publicó un interesante trabajo sobre dos ejecutorias consideradas contradictorias entre sí, pues aunque ambas conocían el caso del cumplimiento parcial de la obligación alimenticia una absolvía al procesado mientras la otra lo condenaba.

<sup>4</sup> Este deber a su vez consiste en la obligación de cumplir con los requerimientos económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia determinados miembros de la familia (Salinas: 2007, 402).

La primera sentencia correspondía al Expediente N° 6937-97 y tenía por sumilla: “se aprecia que aunque el encausado no pagó totalmente dentro del plazo determinado, los quinientos setenta y seis nuevos soles ordenados por resolución judicial, si empezó a cancelarlos de acuerdo a sus posibilidades, en forma inmediata después de haber sido requerido debidamente por el Juzgado, por lo cual se colige que en su ánimo no existió intento o dolo de evadir o incumplir el mandato Judicial, elemento sin el cual no se configura en el accionar del procesado los elementos del tipo penal del ilícito instruido”

En esta sentencia es necesario entender que al final de su considerando cuarto se afirma la existencia de una exoneración del encausado respecto de la obligación de prestar alimentos a la agraviada, sucediendo que esta exoneración apareció posteriormente al ilícito instruido, es decir la obligación ya no existe al momento de sentenciar aunque si existe el incumplimiento a un mandato judicial al momento de la denuncia, extinguiéndose esta obligación en el transcurso del proceso penal.

La segunda sentencia correspondía al Expediente 2158-98 y tenía por sumilla: “que si bien es cierto, el procesado ha cancelado en pequeñas cuotas la pensión alimenticia, también lo es que existiendo una sentencia judicial en la cual se procesa el monto fijo, este debe ser respetado rigurosamente”.

En este caso tenemos mas que un motivo fáctico, un móvil puramente ideológico del Juez que confirma la condena del responsable al afirmar esta judicatura que el encausado no sólo ha incumplido sus mas elementales obligaciones como padre que se la impuesto por la naturaleza y asimismo por nuestra ley vigente, es decir para este juez existe una contravención a la naturaleza, lo cual esta tutelado por la ley positiva.

Como puede notarse, no podemos entender el sentido de estas decisiones judiciales desde la perspectiva positivista, pues el resultado sería considerarlos contradictorios entre si, poco garantistas, y sujetos a esa línea que al traspasarse puede convertir la discrecionalidad en arbitrariedad.

Sin embargo no guardan contradicción desde el punto de vista del jusnaturalismo jurídico toda vez que para esta filosofía la orden del Estado provenga esta de una ley o de un mandato judicial no crea la obligación sino que la reconoce como preexistente en la naturaleza social humana dándole una forma que garantice su efectividad.

Por eso la primera sentencia tiene un presupuesto real, la inexistencia de la obligación al momento de decidir la punición del hecho denunciado, el bien

jurídico es el deber de asistencia, al no existir ya este simplemente no había nada que perseguir, si lo interpretamos desde este sentido el argumento jurídico principal de esta sentencia mas bien sería el tubo de escape para hacer prevalecer la opción ideológica del juzgador, sería un modo de flexibilizar con argumentos las rígidas normas de la ley penal enmarcadamente positivista para conseguir un resultado contrario al espíritu ideológico de la misma ley, todo en aras de preservar la tradición jusnaturalista inmersa en la cultura jurídica del país.

Respecto a la segunda sentencia, es de notar que el juzgador se muestra abiertamente partidario de hacer respetar y proteger rigurosamente las obligaciones originadas en la naturaleza, por lo que confirma la sentencia condenatoria del responsable. Además, la rigurosidad a que hace mención esta sentencia no guarda relación con la crueldad, pues sería contradictorio con el jusnaturalismo expresado sino más bien implica el carácter severo del fallo al proceder el juzgador a mostrarse exacto y rígido en la observancia de las leyes de la República, las cuales son observadas con puntualidad, fidelidad y cabalidad. Pero esto no significa una adscripción del juzgador a la filosofía contraria, más bien implica el uso estricto de la ley siempre y cuando sea un medio para hacer cumplir la obligación natural preexistente como fin.

## 2.5. Sobre el Proyecto de Ley 391/2006-CR sobre la prisión efectiva

En este proyecto sus suscriptores establecen en su sección de análisis que “somos de la opinión que la norma penal no sólo debe tener un efecto de ser sancionadora, también debe servir como instrumento disuasivo para la comisión de un delito” por lo que el “objeto de la presente norma es incentivar, por la vía del temor a perder la libertad, el cumplimiento de las obligaciones alimentarias con los menores hijos”. Aunque sus autores busquen ser más disuasivos que represivos es notorio que esta propuesta aunque logre persuadir a los deudores alimentarios morosos a mudar su conducta no constituye una razón, más bien es una amenaza, sucediendo que su propósito es en realidad represor desde que se encuentra dirigido a castigar desde el poder y con el uso de la fuerza el hecho punible.

Es por ello que este proyecto no fue aprobado además de las opiniones negativas formuladas por las distintas dependencias estatales consultadas, argumentando que contravenía la resocialización de la pena como principio constitucional y que agudizaba los problemas de sobrepoblación carcelaria, que no era necesariamente disuasorio, que el hecho punible no encerraba la suficiente gravedad para ser pasible de prisión efectiva y que

el proyecto restringía el libre arbitrio de los jueces en la aplicación de la norma. Como vemos la invocación de principios constitucionales, la falta de proporcionalidad entre la medida empleada y el hecho punible a reprimir y la aceptada discrecionalidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones son expresiones propias del neoconstitucionalismo<sup>5</sup>, el cual se opone radicalmente al legalismo positivista.

Por lo expuesto podemos inferir que fueron estas las causas que provocaron la derrota de este proyecto de ley, el hecho de que éste se encontraba rezagado en el devenir de las ideas.

## 2.6. Sobre el Proyecto de Ley 2800/2008-CR los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la prestación alimentaria

En este proyecto podemos notar a diferencia del proyecto anterior que su fundamento halla su base en el desarrollo de la Constitución como norma principal que contiene los derechos fundamentales entendidos estos como los derechos humanos constitucionalizados de la persona humana. Es por ello que sus redactores invocan la Constitución dogmática es decir los derechos fundamentales contenidos en él. Su otro fundamento se halla en la realidad social que se ha desarrollado en base a este delito por lo cual sus suscriptores muestran en su punto III el alto índice de denuncias por delito de omisión a la asistencia familiar<sup>6</sup>. De lo expuesto se ve claramente el contraste con el proyecto anterior y la poderosa influencia que el pensamiento neoconstitucionalista tiene sobre las iniciativas legales con más oportunidad de prosperar.

Sin embargo no fue aprobado por el dictamen del 3 de abril de 2009 pesar de contar con opiniones favorables de diversas instancias públicas que lo

<sup>5</sup> Entre los rasgos característicos del neoconstitucionalismo, en contraposición al legalismo, se encuentran:

- a) La existencia de más principios que reglas o el valor superior de los primeros sobre las últimas.
- b) En la actuación judicial se da un procedimiento de ponderación antes que de subsunción.
- c) La omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos relevantes.
- d) El carácter extensivo de la actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario.
- e) Coexistencia de una constelación plural de valores que a veces entran en contradicción, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios coherentes entre sí. (Aguilera Portales: 2007 ,15).

Es de notar que tanto el jusnaturalismo como el positivismo volverían a contraponerse desde la década del 80', sólo que esta vez bajo la formas de dos corrientes, el neoconstitucionalismo y el legalismo respectivamente, sucediendo que este último recién alcanzaría fuerza e influencia significativa paulatinamente durante la década del 90' debido a la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

<sup>6</sup> Es de notar esta diferencia entre ambas corrientes, el positivismo legalista no ve mas justificación que la ley mientras que para el neoconstitucionalismo y su jusnaturalismo intrínseco la realidad social encierra parte de la justificación de sus propuestas.

vieron como un importante aporte a la ejecución de las sentencias por delito de omisión de asistencia familiar, pues la comisión encargada consideró que “no hay en la legislación comparada, normas que exijan para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva de fallo condenatorio y la rehabilitación el pago del total o parcial del monto de la obligación en general y la alimentaria en especial”. Esta es una visión bastante legalista del asunto, pues es de notar que la vieja legislación de comienzos de la guerra fría tenía dispositivos parecidos a las que propuestas en el proyecto en mención y que a la fecha todas se habían vuelto positivistas por ello no se encuentran propuestas parecidas en la legislación extranjera, más bien tocaría al país dar la pauta y estar a la vanguardia de esta corriente.

### 3. CONCLUSIONES

Esta presencia del jusnaturalismo neoconstitucionalista en el hasta ahora próspero proyecto 2800 puede ser sólo la cabeza de puente de este jusnaturalismo renovado en nuestra legislación penal peruana. Sin embargo ante las objeciones que de hecho surgirán del grueso de penalistas del país no creo que el neoconstitucionalismo implique la degeneración y consecuente deterioro del carácter garantista y legalista del derecho punitivo peruano.

Además, el proyecto 2800 se encuentra más acorde con la tendencia neoconstitucional de nuestro actual ordenamiento jurídico y el criterio jusnaturalista de los encargados de administrar la justicia, por lo que tiene más probabilidades de llegar a alcanzar su eficacia, es decir, conseguir el cumplimiento de los deberes asistenciales a favor de los alimentistas, a diferencia del proyecto 391, mas orientado a penar indiscriminadamente que a proteger a la víctima.

Otra conclusión importante es que siempre ha existido una yuxtaposición de las corrientes filosóficas entre si, pues ambas han existido juntas en los mismo cuerpos legales estando próximos e inmediatos uno al otro, por lo que un gran reto del neoconstitucionalismo será constituirse en una postura ecléctica que logre fijar un punto saludable e intermedio para no caer en extremismos<sup>7</sup>. Lo cual al parecer de quien escribe no se halla alejado de

<sup>7</sup> La aparición de esta eclecticidad en el proyecto 2800 lo constituye:

- a) El hecho de seguir permitiendo la punición del incumplimiento asistencial a pesar de existir la regla de prohibición de prisión por deudas por considerarla existencia de principios y la ponderación de bienes jurídicos como la vida y subsistencia del alimentista frente a la libertad del obligado.
- b) El papel de los principios constitucionales al debido proceso de todas las partes que intervienen en él como la mejor garantía para conseguir el cumplimiento de los fines constitucionales y la protección del bien jurídico penal tutelado.

volverse una realidad siempre y cuando los legisladores estén concientes de estos vientos de cambio.

- 
- c) La discrecionalidad permitida al juzgador para ejercer el poder punitivo sin perjuicio de establecer medidas razonables para su ejercicio, así como la garantía del procesado de que sólo se le abrirá instrucción por deudas alimentarias derivadas de un mandato judicial.  
El encontrarse elaborada en base a valores constitucionales que complementan más que desvirtuar los fines que persiguen los principios positivistas que informan la actual legislación penal.

---

**TERCERA PARTE**



**TERCER PLENO CASATORIO CIVIL**

**SENTENCIA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL «EL PERUANO»  
CON FECHA 13 DE MAYO DEL 2011**



**SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO  
CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y  
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA  
REPÚBLICA DEL PERÚ**

**Casación N° 4664-2010-Puno**

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

**I. DEL PROCESO**

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

**1. DEMANDA**

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Mirian, nacidos: el 15 de

febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesoria se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL**

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.

## **3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN**

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvencción en los siguientes términos:

### **3.1. Contestación**

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que éste le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos

para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

### **3.2. Reconvencción**

Interpone reconvencción para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvenccional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US\$.6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniente padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

#### **4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvencción sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hancco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado [*debe decir 50%*], tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvencción por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y sólo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: **a)** recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor, así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 *[debe decir 59 a 72]*<sup>1</sup>, las que no han sido cuestionadas por el demandante; **b)** promovió actos de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90<sup>2</sup>, las

<sup>1</sup> De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 08 y 21 de julio de 1981, 03 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

<sup>2</sup> A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román - Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicológico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A

que tampoco han sido cuestionadas; **c)** rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y **d)** inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

## 5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

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

---

fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 06 de mayo del 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.

régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58<sup>3</sup>, no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156 . Estos hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrateo de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las

<sup>3</sup> De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro pre-universitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.

pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorrato de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvencción) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370 del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

## **6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA**

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

## **7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA**

EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil -la aplicación indebida es una forma de infracción normativa- toda vez que

la reconvencción por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquélla, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictorias, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre del 2010.

## **II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES**

Por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre del 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y

Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009 Lima<sup>4</sup>, 1585-2010 Lima<sup>5</sup>, 5512-2009 Puno<sup>6</sup>, 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.

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

### III. CONSIDERANDO:

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

1. Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el

<sup>4</sup> En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

<sup>5</sup> 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>6</sup> 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.

significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

La doctrina<sup>7</sup> considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros<sup>8</sup>.

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

2. Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un “mínimo de garantías” que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho “(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que *medios* instrumentales al servicio de ciertas finalidades”<sup>9</sup>.

3. Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

<sup>8</sup> Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires - Eudeba, 2000, pp. 44-45.

<sup>9</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. Cit., p. 50.

<sup>10</sup> Constitución, artículo 43.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.  
El Estado es uno e indivisible.

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo "...el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho". Y luego agrega el mismo autor que "Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho..."<sup>11</sup>.

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: "Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de 'todos' los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma"<sup>12</sup>.

4. Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional<sup>13</sup> comprometido con la justicia social; el atributo *social* comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la

---

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

<sup>11</sup> *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.

<sup>12</sup> Ob. Cit., p. 202.

<sup>13</sup> La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.

ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario<sup>14</sup>.

Häberle precisa además que “Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de ‘Estado Constitucional’, por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas”<sup>15</sup>.

Como puede apreciarse, una de las notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

5. La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio<sup>16</sup>.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiendo el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

<sup>14</sup> Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.

<sup>15</sup> Ob.cit. p. 226.

<sup>16</sup> Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

6. La denominación de Estado “democrático y social” de Derecho sólo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, “(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho”<sup>17</sup>. Tales condiciones materiales se dan no sólo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: “La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros”<sup>18</sup>; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares<sup>19</sup>. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

<sup>17</sup> Gonzáles Ojeda, Magdiel. *El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano*. En: Derecho y Sociedad N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democrático-de-derecho-y-el-estado-peruano>

<sup>18</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.

<sup>19</sup> Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: “El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina -como dijimos- numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden”. En: *Manual de Derecho de Familia*, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro<sup>20</sup> resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conllevan características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil<sup>21</sup>, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo<sup>22</sup>, la intervención del Ministerio Público, entre otros.

7. En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde sólo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. “En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen”<sup>23</sup>.

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo 052.

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

8. Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez

<sup>20</sup> Mangione Muro, Mirta Hebe. *Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado*, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ibidem*).

<sup>21</sup> Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: “Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana”. En: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.

<sup>22</sup> Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ob. Cit.*, p. 84.

<sup>23</sup> Mangione Muro, Mirta Hebe. *Ibidem*.

debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso<sup>24</sup>.

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

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

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

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material<sup>25</sup> dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso

<sup>24</sup> Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso.

El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

<sup>25</sup> El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).

resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

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

11. El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

12. La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia<sup>26</sup>.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

“Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no

---

<sup>26</sup> Cfr. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima - Perú, Librería Communitas E.I.R.L. 2008, p. 163.

puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre -y por ello son estrictamente derechos subjetivos-, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico<sup>27</sup>.

#### 4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

13. Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de ésta)<sup>28</sup>, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía<sup>29</sup>, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozaíni señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*<sup>30</sup>.

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter processus*<sup>31</sup>. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal

<sup>27</sup> Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

<sup>28</sup> Cfr.: Gozaíni, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

<sup>29</sup> Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.

<sup>30</sup> Gozaíni, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

<sup>31</sup> Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen<sup>32</sup>.

14. Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesorio. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

15. Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda<sup>33</sup>.

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

<sup>32</sup> Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. Ob. Cit., p. 273.

<sup>33</sup> Al respecto se ha sostenido que: "El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo". En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, JUS Jurisprudencia, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

“La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)”<sup>34</sup>.

17. En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

---

<sup>34</sup> Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

## 5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA

18.- Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>35</sup>.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, “siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”<sup>36</sup>.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto

<sup>35</sup> Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

<sup>36</sup> Hinojosa Mínguez, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19. También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

## **6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL**

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

### **6.1. Clases de divorcio**

21. La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

#### **6.1.1. Divorcio sanción**

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

“La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación

directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”<sup>37</sup>.

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”<sup>38</sup>.

### 6.1.2. Divorcio remedio

23. Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó<sup>39</sup>.

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

<sup>37</sup> Quispe Salsavilca, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2*; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp.73-75.

<sup>38</sup> Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., pp. 115-116.

<sup>39</sup> Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

judicial o el divorcio<sup>40</sup>; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de la finalidad social del instituto*, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio<sup>41</sup>. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar<sup>42</sup> al divorcio remedio en:

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

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

**24.** A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (*divorcio contencioso*), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se

<sup>40</sup> Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

<sup>41</sup> Cfr.: Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., p. 116. Señalan estos autores: "Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración".

<sup>42</sup> Respecto de esta sub clasificación, Diez Picazo y Gullón han referido: "Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse". (Ob. Cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio<sup>43</sup>.

**25.** La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges”<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: “En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros –a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos– se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas”. (Ob. Cit., p. 426).

<sup>44</sup> Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.

## 6.2. Causales de divorcio

26. Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial<sup>45</sup>. 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<sup>47</sup>.

27. Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio<sup>48</sup>. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen “conductas antijurídicas” que contradicen la observancia

<sup>45</sup> Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

<sup>46</sup> Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

<sup>47</sup> Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:

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

<sup>48</sup> Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino “diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio”. (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. Cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: “la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas”. (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 439).

de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: “La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosas*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente *culposos*, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor”<sup>49</sup>.

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

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

## 7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

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

### 7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo

<sup>49</sup> Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado *malicioso*), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

## **7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil**

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

### **7.2.1. Proyecto de Ley**

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985<sup>50</sup>.

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR<sup>51</sup>), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no

<sup>50</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.

<sup>51</sup> Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex P. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 211.

menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

### **7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001**

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

### **7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495**

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

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

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

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

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

tiempo<sup>52</sup>. El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

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

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería “(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: ‘[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la

<sup>52</sup> Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: “En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado”.

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

*nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio*”<sup>53</sup>.

### 7.3. Concepto de la causal de separación de hecho

33. Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: “La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos”<sup>54</sup>.

También se asevera que la separación de hecho es “(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)”<sup>55</sup>.

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: “(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”<sup>56</sup>.

### 7.4. Naturaleza jurídica de esta causal

34. La naturaleza jurídica de la causal, *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la

<sup>53</sup> Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: “Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley”. En: *Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?* Díkē, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art45.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF), p. 15.

<sup>54</sup> Azipiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p.256.

<sup>55</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

<sup>56</sup> Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero del 2006, se ha establecido que: “El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa”.

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

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no sólo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

## **7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal**

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

### **7.5.1. Elemento material**

**36.** Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común<sup>57</sup>. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no

<sup>57</sup> Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: “Este deber, llamado también ‘deber de cohabitación’, significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo”.

puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales<sup>58</sup>.

### 7.5.2. Elemento psicológico

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

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca refiere que: “(...) no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente”<sup>59</sup>. En el mismo sentido Plácido Vilcachagua señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de

<sup>58</sup> Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: “(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta”. (*Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*; Ob. Cit.; p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. *Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*, *JUS Doctrina y Practica*, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

<sup>59</sup> Quispe Salsavilca, David. Ob.Cit., p.110.

los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros<sup>60</sup>.

En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges<sup>61</sup>.

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

### 7.5.3. Elemento temporal

38. Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 48.

<sup>61</sup> Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 2, Ob. Cit., p. 124.

<sup>62</sup> Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: "Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado". En: *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.

## 7.6. Diferencia con otras causales

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

### 7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal

40. Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges<sup>63</sup>, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

<sup>64</sup> En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

### 7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común

41. Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos<sup>65</sup>, mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador<sup>66</sup>. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

### 7.7. Efectos legales

42. Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva<sup>67</sup>; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

43. El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

<sup>65</sup> Cfr.: Hinostroza Mínguez Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

<sup>66</sup> Cfr. Quispe Salsavilca, David Percy. Ob. Cit., pp. 119-122.

<sup>67</sup> Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (*ex nunc*), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, "(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares"<sup>68</sup>.

**44.** Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

- A) El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.
- B) La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa"<sup>69</sup>.

**45.** La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

<sup>68</sup> Plácido Vilcachagua, Alex F. *Ibidem*; p. 51.

<sup>69</sup> En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: "Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otros medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil".

- a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).
- b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).
- c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343).

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

- a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340).
- b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341).

## **8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO**

**47.** Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por

causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

### 8.1. Concepto

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

Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: “Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”<sup>70</sup>. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, “al margen de toda responsabilidad”.

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

50. No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación

---

<sup>70</sup> *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio*. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

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

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

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

## **8.2. Naturaleza jurídica**

**53.** Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina<sup>71</sup> se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

---

<sup>71</sup> Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: [http://www.nuevodivorcio.com/pension\\_compensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf)

### **8.2.1. Carácter alimentario**

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrir las y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

### **8.2.2. Carácter reparador**

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial<sup>72</sup>, y al efecto se establece una pensión compensatoria.

### **8.2.3. Carácter Indemnizatorio**

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial<sup>73</sup>. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

### **8.2.4. Carácter de Obligación Legal**

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de

---

<sup>72</sup> "La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil -español-, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio". Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18° del 01 de octubre de 1998.

<sup>73</sup> Zarraluqui, Luis Op. Cit. p. 3.

los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge mas débil<sup>74</sup>. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad<sup>75</sup> y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

### 8.2.5. Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad<sup>76</sup>.

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición<sup>77</sup>, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial<sup>78</sup>. En

<sup>74</sup> Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. *La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?*, véase el texto en el siguiente enlace: <http://www.bibliojudicial.org/libros/4/1943/23.pdf>. Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. *El ser y el deber ser de la denominada "indemnización en caso de perjuicio"*, derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. *Dialogo con la Jurisprudencia*, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp.147 y ss.

<sup>75</sup> Zarraluqui, Luis, Op. Cit. p. 8-9.

<sup>76</sup> La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuricidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

<sup>77</sup> Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo del 2010, en la que sostiene: "Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro".

<sup>78</sup> Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: "Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para

consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

#### 8.2.6. Nuestro sistema normativo

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

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio 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"<sup>79</sup>.

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

---

lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado". *Responsabilidad Civil derivada del divorcio*. Véase el texto completo en el siguiente enlace: [http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad\\_civil\\_derivada\\_del\\_divorcio.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf).

<sup>79</sup> *La Pensión Compensatoria*. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *quantum* indemnizatorio.

55. Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria<sup>80</sup>.

56. En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor *Alex Plácido Vilcachagua*, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos– los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido<sup>81</sup> debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal– consideramos que como la indemnización debe comprender no sólo al cónyuge sino también

<sup>80</sup> Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. Cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada *prestación compensatoire* en virtud de la cual "...uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho*. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

<sup>81</sup> El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo<sup>82</sup>.

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

57. En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor **Leysser León Hilario**, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58. Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de “protección del conviviente más perjudicado” (STS de 27 de marzo del 2001, 17 de enero del 2003, 23 de noviembre del 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p.131.

<sup>83</sup> Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre del 2010, dejó establecido que: “Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)”.

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

59. Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común<sup>84</sup>, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: “En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño– haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría”<sup>85</sup>.

60. Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un *juicio de probabilidad*, más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal–, caso contrario, habrá una causa ajena<sup>86</sup>.

61. En el presente caso, para que proceda la indemnización (*juicio de procedibilidad*) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal– del *hecho objetivo* de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe

<sup>84</sup> La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

<sup>85</sup> Op. Cit. p. 8.

<sup>86</sup> Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. *El Daño y su Cuantificación Judicial*, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo - Perrot, 2008, p. 16.

verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, *pues que se trata del divorcio remedio*. Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en si, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales<sup>87</sup>, 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.

Cosa distinta es que en el ámbito del *juicio de fundabilidad* se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

### 8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes

62. En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio– cualquiera de los cónyuges<sup>88</sup>, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización<sup>89</sup>. Por tanto, la culpabilidad del

<sup>87</sup> En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

<sup>88</sup> En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: "(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)".

<sup>89</sup> La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: "Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A

cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación<sup>90</sup>.

### 8.3.1. De la indemnización y los daños personales

63. Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad<sup>91</sup>, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

---

del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras”.

<sup>90</sup> También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. *Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano*. En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima - Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

<sup>91</sup> Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, **la familia monoparental** (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. *Familia Monoparental*, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

**64.** En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Diez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: “La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”<sup>92</sup>.

**65.** El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí<sup>93</sup>, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

**66.** Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

---

<sup>92</sup> Ob. Cit., pp. 139-140.

<sup>93</sup> El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor, no puede importar una conducta antijurídica y, por tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

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

**67.** El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego<sup>94</sup>, aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima<sup>95</sup>.

**68.** El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)<sup>96</sup>.

**69.** También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. p. 477.

<sup>95</sup> Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.

<sup>96</sup> Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Ob. Cit., pp. 66-71.

<sup>97</sup> Fernández Sessarego sostiene que: “El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, “pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable -no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos”. Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que “la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente” y que “la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción”<sup>98</sup>.

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que “la noción del denominado ‘proyecto de vida’ concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)”<sup>99</sup>. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción pública, una beca de estudios superiores)<sup>100</sup>, precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

---

cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto.” En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 50, Lima, diciembre, 1996.

<sup>98</sup> Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Ob Cit. p., 412.

<sup>99</sup> Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

<sup>100</sup> Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida*, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima - Perú, 2006, p. 124 y ss.

70. En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial- a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>101</sup>, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí.

71. De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie<sup>102</sup>. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona<sup>103</sup>, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322<sup>104</sup>, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en

<sup>101</sup> Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque “el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discursar existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación”. Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Sante Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

<sup>102</sup> Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.

<sup>103</sup> Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.

<sup>104</sup> Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

el supuesto del artículo 1984<sup>105</sup> y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985<sup>106</sup>.

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial<sup>107</sup>. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente<sup>108</sup>.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado<sup>109</sup>.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral<sup>110</sup>. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona<sup>111</sup>. 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.

<sup>105</sup> Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

<sup>106</sup> Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

<sup>107</sup> Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.

<sup>108</sup> La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: [http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult\\_2.jsp](http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp), ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico - material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".

<sup>109</sup> Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. Cit., p 122.

<sup>110</sup> Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: *Derecho de las personas*, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

<sup>111</sup> Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica<sup>112</sup>.

**72.** Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto<sup>113</sup>.

**73.** Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

**74.** Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 208-212.

<sup>113</sup> En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, “(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)”.

<sup>114</sup> Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes<sup>115</sup>.

75. Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

### 8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal

76. Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

<sup>115</sup> En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio del 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:

“Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancias relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización<sup>116</sup>. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores<sup>117</sup>.

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

## 9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE

77. La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesorio, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos

<sup>116</sup> Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 57.

<sup>117</sup> Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p. 54.

referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.

### 9.1. La indemnización o adjudicación de oficio

78. La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4 y 43 de la Carta Política).

79. En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite -vía demanda o reconvenición- una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?.

80. En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, **sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios**, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado

a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello<sup>118</sup>. Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3º del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los “perjuicios”.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico<sup>119</sup> y ha sostenido que “...todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera petitionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que “quien alega un hecho tiene que probarlo”, vulneraría la garantía de imparcialidad

<sup>118</sup> La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3016-2006 Lima, publicada el 03 de enero del 2008 en el Diario Oficial El Peruano, se ha establecido que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo “(...) de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]”.

De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, se ha establecido que: “(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)”.

<sup>119</sup> Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho”<sup>120</sup>.

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: “(...) Sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales”<sup>121</sup>. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la 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 ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación

<sup>120</sup> STC 04800-2009-PA/TC del 05 de marzo del 2010.

<sup>121</sup> STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio del 2010.

alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

## 9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte

81. Según el principio dispositivo, *nemo iudex sine actore*, el proceso sólo se inicia a instancia de parte, nunca *ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional<sup>122</sup>. No sólo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba<sup>123</sup>. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

82. A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesoria a la principal de

<sup>122</sup> Hernando Devis Echandía define a la carga como: “un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales”. En: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Victor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

<sup>123</sup> En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en “la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio”. Carnelutti Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. *Las reglas generales del onus probandi*. En: AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*, Xavier Abel Llunch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvencción en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que **debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito**<sup>124</sup>, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso<sup>125</sup>.

**83.** Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

<sup>125</sup> Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvencción: “Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvencción”. *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2009, pp. 525-550.

<sup>126</sup> Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo<sup>127</sup>.

**84.** Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvenzional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio<sup>128</sup>. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa<sup>129</sup>, sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra Constitución.

---

Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;

La pretensión se sustente en un derecho indisponible;

Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o

El juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

<sup>127</sup> Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

<sup>128</sup> El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso...".

<sup>129</sup> En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: "Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su *decideratum*: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio". *La Congruencia procesal*, 1° edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

85. Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.

86. Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte -demandante o demandada- implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

87. En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada<sup>130</sup>. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad,

---

<sup>130</sup> Cfr.: Peyrano, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2008, pp. 103-104.

pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural<sup>131</sup>; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata<sup>132</sup>, con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

<sup>132</sup> Constituyen **pruebas de actuación inmediata** aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

<sup>133</sup> Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Badaque, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

### 9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación

88. Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio *onus probandi*, esto es la carga de la prueba<sup>134</sup>, la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente<sup>135</sup>.

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la “noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte”<sup>136</sup>.

89. La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar.

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos

<sup>134</sup> En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

<sup>135</sup> Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

<sup>136</sup> *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley<sup>137</sup>.

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

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el

---

<sup>137</sup> Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2366-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre del 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando: "Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos".

proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa<sup>138</sup>.

Si bien el artículo 480, in fine, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales sólo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

91. En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

## 10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO

92. La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvencción, solicitando que el demandante la indemnice por *daño moral y personal*, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por *daño moral*; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

<sup>138</sup> Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: "... en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyen al mismo punto". *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.

### 10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia

93. La sentencia entre otros, ampara la reconvencción de la demandada en la parte referida al *daño moral* y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

### 10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia

94. La Sala Superior ha revocado sólo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad- y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el *daño y perjuicio* sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del *proyecto de vida matrimonial*, y que se trata de un supuesto de *responsabilidad civil familiar de tipo contractual*.

También la Sala estima que le corresponde velar por la *estabilidad económica de la consorte perjudicada* así como reparar los *daños a su persona* fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvencción en parte, ha señalado un monto indemnizatorio sólo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de ésta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

### **10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia**

95. En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvencción en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: “establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la[s] que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio”.

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvenccional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvencción, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada –demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los

hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

96. No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

- A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.
- B) En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona<sup>139</sup>. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias

<sup>139</sup> Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, aunque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

sino también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada.

- C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.
- D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil<sup>140</sup>. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito<sup>141</sup>.

97. En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

- A) Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado

<sup>140</sup> Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

<sup>141</sup> El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intenciones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozáni, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

en cuenta en la determinación del *quantum* indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.

- B)** Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del “proyecto de vida matrimonial”; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan trucas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.

## **11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN**

**98.** En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvención se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

**99.** Como puede apreciarse de la reconvención, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un préstamo de dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US\$.6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvención la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvención, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

**100.** La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvención, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

**101.** En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvención y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no sólo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvención, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvencional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil.

## 12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

**102.** El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República<sup>142</sup> de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

## IV. FALLO

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

**Primero.** Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre del 2010, expedida por la Sala Civil de San Román - Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.,

**Segundo.** Así mismo, declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

---

<sup>142</sup> El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.
2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.
3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:
  - 3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal **pretensión** en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.
  - 3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya **alegado o expresado** de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

- 3.3.** En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.
- 3.4.** En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.
- 3.5.** En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.
- 4.** Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.
- 5.** El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.
- 6.** La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo.  
**SS.**

**LUIS FELIPE  
ALMENARA BRYSON**

**RAMIRO DE VALDIVIA  
CANO**

**VÍCTOR TICONA  
POSTIGO**

**ANA MARÍA  
ARANDA RODRÍGUEZ**

**ANDRÉS CAROAJULCA  
BUSTAMANTE**

**SABINO LEÓN  
RAMÍREZ**

**JOSÉ ALBERTO  
PALOMINO GARCÍA**

**RICARDO GUILLERMO  
VINATEA MEDINA**

**FRANCISCO MIRANDA  
MOLINA**

**ARISTÓTELES ÁLVAREZ  
LÓPEZ**

**Carmen Rosa Champac Cabezas  
Relatora**

**LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:**

En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

**I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA**

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.

La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre, tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos sólo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades -lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas-.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirlas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni

tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.

## **II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA**

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento –lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción– de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas.

Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas sólo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un

apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. *Laborem exercens*, 19: AAS 73 1981)

### **III. LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA**

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.

#### **3.a) La solidaridad como principio social**

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social.

Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, “la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”. (Juan Pablo II, Carta enc. Sollicitudo rei socialis, 38:1988 565-566).

### **3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres**

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

### **3.c) Solidaridad familiar**

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las

instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser “protagonistas” de la llamada “política familiar” y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9).

También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que “Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

- a) Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.
- b) Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:
  1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece.

Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

2. En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.
3. El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.
4. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.
5. Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte 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.

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

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

**Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO**

**Carmen Rosa Champac Cabezas**  
**Relatora**

