



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

REFLEXIONES SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO

Dante García-Briceño

Piura, noviembre de 2014

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

García, D. (2014). *Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio, a la luz del tercer pleno Casatorio Civil*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura



UNIVERSIDAD DE PIURA

Facultad de Derecho

**REFLEXIONES SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO
COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y
DIVORCIO, A LA LUZ DEL TERCER PLENO
CASATORIO CIVIL**

Tesis Artículo que presenta el Bachiller Dante Eduardo
García Briceño para optar el Título de Abogado, dirigida por
la Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez.

Piura, Noviembre de 2014

DEDICATORIA

A mis padres Dora y Dante, con profundo amor e infinito agradecimiento; a mi familia y leales compañeros; y a Miriam Claudia, por su apoyo permanente e incondicional.

INDICE

INTRODUCCION	I
CAPITULO I:	1
LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO	
I. ASPECTOS GENERALES DE LA SEPARACION DE HECHO	1
1. Concepto y fundamento de la separación de hecho. Doctrina y jurisprudencia.	1
2. Naturaleza jurídica de la separación de hecho.	3
3. Requisitos de la Separación de hecho	5
4. Efectos legales de la Separación de hecho	7
5. Cuestiones procesales de la Separación de hecho en el Código Civil Peruano	11
CAPITULO II:	17
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DESPUES DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL	
I. Crónica que dio lugar al tercer Pleno Casatorio civil	17
II. Controversia sobre la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho	27
1. Naturaleza jurídica alimentaria	29
2. Naturaleza jurídica de responsabilidad civil	32
3. Naturaleza jurídica de indemnización por sacrificio	36
4. Naturaleza jurídica de obligación legal	36
5. Naturaleza jurídica mixta	38
6. Posición Personal	38

III. Algunas consideraciones del daño al proyecto de vida y el daño al proyecto de vida matrimonial en el Derecho Contemporáneo	38
IV. El daño a la persona ¿una categoría jurídica innovadora frente a una tradición limitante? Algunas consideraciones sobre el daño moral	43
CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	51
INDICE DE SENTENCIAS	61

ABREVIATURAS

AA	- Acción de Amparo
Artic. y artics.	- Artículo(s)
Cas.	- Casación
CC	- Código Civil (a falta de otra indicación, el peruano).
CCA	- Código Civil Argentino
CCE	- Código Civil Español
CCF	- Código Civil Francés
CCI	- Código Civil Italiano
Cap.	- Capítulo
Cfr.	- Confróntese
<i>cit.</i>	- citado(a)
CP	- Constitución Peruana
CPC	- Código Procesal Civil (a falta de otra indicación, el peruano)
Coord y Coords.	- Coordinador(s).
CSJ	- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
DFT	- Disposición Final y Transitoria
ed.	- edición
[<i>etal.</i>]	- Y otros

Exp y Exps	- Expediente(s)
F.C.U	- Fondo Cultural Universitario
F.j	- Fundamento jurídico (a falta de otra indicación del 3PPC).
<i>Ibídem</i>	- en el mismo lugar
Inc e incs	- inciso(s).
<i>in fine</i>	- al final
<i>infra</i>	- abajo
<i>loc.cit.</i>	- locus citatus (lugar citado)
N°	- número(s)
<i>op.cit.</i>	- opus citatum (obra citada)
3PCC	- Tercer Pleno Casatorio Civil
p.ej.	- por ejemplo
p. y pp.	- página(s)
PUCP	- Pontificia Universidad Católica del Perú
RAE	- Real Academia de la Lengua Española
SMV	- Superintendencia del Mercado de Valores
STC	- Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>Supra</i>	- arriba
t. y tt	- tomo(s)
TC	- Tribunal Constitucional
<i>vid</i>	- <i>vide</i> (véase)
vol y vols	- volumen(es)

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende presentar detalladamente las pautas interpretativas sobre la sentencia recaída en el Tercer Pleno Casatorio Civil. Así como establecer las reglas que constituyen precedente judicial vinculante para los operadores judiciales.

El propio Título de la Tesis artículo determina sus límites.

Se trata del estudio de aspectos jurídicos sobre los que se ha pronunciado el Tercer Pleno Casatorio Civil: la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio y temas referidos a materia de Responsabilidad Civil, como el daño al proyecto de vida, daño al proyecto de vida matrimonial, el daño moral y el daño a la persona.

El presente trabajo se ha estructurado en dos capítulos.

En el primer capítulo de la tesis se estudian los aspectos generales de la separación de hecho: concepto y fundamento, naturaleza jurídica, requisitos y efectos legales.

De este modo, la adecuada comprensión de la separación de hecho y de su variante permitirá entender esta figura.

Su importancia como es evidente, radica en la tradicional caracterización de la separación de hecho como causal de divorcio en el derecho comparado y en el derecho nacional

En el segundo capítulo del trabajo se elabora un estudio sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil, a fin de analizar los diversos precedentes vinculantes en el derecho

civil peruano. Igualmente, ofrece una visión del Derecho de Familia desde la perspectiva del proceso civil.

A manera de introducción se expone los hechos que dieron lugar al Tercer Pleno Casatorio civil, tomando especial énfasis en los precedentes vinculantes.

Posteriormente se aborda uno de los temas más controvertidos en el Pleno Casatorio como es la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho. El mismo que ha sido objeto de diferentes posturas por parte de la doctrina peruana.

También se expone temas nuevos que han tenido trascendencia en nuestro derecho como es el caso del daño al proyecto de vida y el daño al proyecto de vida matrimonial. Este último hasta el momento, ha sido poco desarrollado por la doctrina peruana.

Finalmente, se aborda el "daño a la persona" y el "daño moral" en el escenario de la práctica judicial nacional. El mencionado tema hasta el día de hoy sigue siendo controvertido sin llegar a una solución pacífica y unánime.

Por último, quisiera aprovechar estas líneas para agradecer a todos los que me ayudaron a elaborar esta tesis.

A Dios, sobre todas las cosas, por haberme dado sabiduría y paciencia para consolidar este esfuerzo. Le doy gracias por no desampararme en este nuevo reto profesional. Me demuestra su infinito amor como hijo suyo.

A mis padres, Dora y Dante, por el gran amor y dedicación que me han brindado durante mi vida, y que aún me siguen brindando. Les agradezco su sacrificio y su comprensión para permitirme cumplir con este trabajo que me sirve ahora y en mi futuro personal y profesional. Gracias por ser mis grandes amigos, los padres que Dios ha podido poner a mi lado.

A Miriam Claudia, la persona que ha compartido experiencias durante mis años en la universidad. Darle gracias por el amor, la paciencia y el apoyo que me ha brindado, sin condición alguna.

A la Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez. Le agradezco por convertirse en mi asesora en la elaboración del presente trabajo. Por apoyarme durante este tiempo a convertirme en un jurista crítico y adoptar mi propia postura, sin perder mis principios como persona. La información que pueda tener este trabajo se deberá, en gran medida, a su brillante aporte. Se ha ganado todo mi respeto y admiración como profesional y persona.

Agradezco, por último, a mi familia que de alguna forma u otro han contribuido a consolidar este esfuerzo, ya sea durante la elaboración de esta tesis como en los años de estudio en la Universidad de Piura. En especial a los profesores que me brindaron sus conocimientos y a la Facultad de Derecho que siempre la llevare en mi corazón.

CAPITULO I

LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

I. ASPECTOS GENERALES DE LA SEPARACION DE HECHO

1. Concepto y fundamento de la separación de hecho

En la legislación española y nacional hay diversos autores que se han pronunciado sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio¹.

Algunos autores han tomado énfasis en el elemento objetivo². En ese sentido, para ellos, la separación de hecho es la constatación fehaciente que debe hacer el Juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos por apartarse uno del otro dejando de lado el deber marital de convivencia o de la vida en común.

¹En la doctrina española, Cfr. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON BALLESTEROS, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*, t.4, ed. Tecnos, Madrid, 2006, p.102 ; PUIG BRUTAU, José; *Compendio de Derecho Civil*, t.4, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 42 y ss. LACRUZ BERDEJO, José; *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, 2° ed. revisada y puesta al día por Joaquín Ramos Albesa, Dykinson, Madrid, 2010, pp.88 y ss. En la doctrina nacional , Cfr. PERALTA ANDIA, Javier; *Derecho de Familia en el Código Civil*, 4° ed. Idemsa, Lima, 2008, pp. 370 y ss. PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; *Las causales de separación de cuerpos y divorcio en la jurisprudencia civil*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 46 y ss. TORRES CARRASCO, Manuel; *La Separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio*, t.92., ed. Gaceta Juridica, Lima, 2001, p.78 ; VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique; *Tratado de Derecho de Familia: la nueva teoría jurídica e institucional de la familia*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 353 y ss. CASTILLO FREYRE... [etal.] ; *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia: causales, proceso y garantías*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p.129.

² Cfr. DIEZ PICAZO y GULLON; *op.cit.*, p.104 y TORRES CARRASCO; *op.cit.*, p. 371.

Otros autores han tomado énfasis sobre el elemento subjetivo³. En ésta línea, han señalado que el simple alejamiento físico de los cónyuges no implica el cese efectivo de la convivencia conyugal. Por tanto, resulta necesario que la separación haya tenido lugar con la intención de interrumpir la vida en común, ya que, lo fundamental es la intención, el *animus*; constituyendo la separación física, el *corpus*, solamente su manifestación material.

Por su parte, la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia⁴, ha definido esta causal como “la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la exigencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios”.

En general, la separación de hecho se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, como es hacer vida común en el domicilio conyugal. Se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio⁵.

En cuanto al fundamento, la causal de separación de hecho pertenece a la doctrina del divorcio remedio, cuya finalidad es dar solución al conflicto conyugal⁶.

Sin embargo, algunos autores se encuentran en contra de la existencia de esta causal⁷.

³Cfr. LACRUZ BERDEJO, José, *Derecho de Familia*, ed. Bosch, Barcelona, 1989-1990, pp. 211 y ss y RIVERO DE ARHANCET, Mabel; RAMOS CABANELLAS, Beatriz; MORALES FIGUEREDO, Verónica, *Derecho y Familia*, ed. F.C.U, Montevideo, 2004, p. 278.

⁴Vid. Cas N° 0207-2010-Lima; Cas N° 1120-2002-Puno; Cas N° 01215-2011-Lima y Cas N° 3362-2006-Lima.

⁵Cfr. PERALTA ANDIA; *op.cit*, p.371.

⁶Vid. Cas. N° 0049-2006-Lima.

MAZZINGHI ha señalado que, la separación de hecho se apoya en numerosos modelos extranjeros que, a su juicio, recaen en un mismo error. Afirma que los legisladores que se pliegan a esta postura consideran al vínculo conyugal como algo muy próximo a la unión libre, en cuanto dura solamente mientras ambos integrantes de ella quieren que así sea⁸.

SAVATIER ha señalado que “la separación de hecho es una suerte de avasalladora embestida que la realidad ha llevado en contra del derecho”⁹.

Estoy de acuerdo con lo señalado por dichos autores. Sin embargo, la separación de hecho también tiene su ventaja que es solucionar regularizando la incertidumbre de numerosos matrimonios quebrados por el transcurso del tiempo.

De esta manera, propongo la siguiente definición de separación de hecho:

Es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma temporal o permanente. En segundo lugar, a diferencia de otras causales el accionante puede fundar su demanda en hecho propio.

2. Naturaleza jurídica de la separación de hecho

En la legislación nacional hay diversos autores¹⁰ que han coincidido en que la causal de separación de hecho

⁷En la legislación argentina, Cfr. MAZZINGHI, Jorge; *Derecho de Familia*, t.3, ed. Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1995-1998, pp.159 y 160. En la legislación francesa, Cfr. SAVATIER, René, *El realismo y el idealismo en el derecho civil de hoy*, t.1, ed. Biblioteca General de la ley y la jurisprudencia, Paris, 1950, p.75.

⁸Cfr. MAZZINGHI; *loc.cit.*

⁹Cfr. SAVATIER; *loc.cit.*

¹⁰ En la doctrina nacional ALFARO VALVERDE, Luis; “*La indemnización en la separación de hecho*”, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p.64; RAMOS NUÑEZ, Carlos; “*Acerca del Divorcio*”, ed. Espinal, Lima, 1990,

pertenece a la categoría del divorcio remedio¹¹. Por lo tanto, se diferencia del divorcio sanción¹².

Nuestro sistema jurídico, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27495 y mediante el 3PCC, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias. De tal manera que el cónyuge culpable deberá indemnizar al cónyuge perjudicado por la separación¹³.

Tratándose del divorcio remedio, el Juez solo se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas las conductas culpables imputables a alguno de ellos¹⁴.

Asimismo, el divorcio remedio puede ser restringido cuando la ley lo condiciona a una situación objetiva que lo configura, o puede ser extensivo y se configura cuando comprende una causal potestativa descrita por el legislador o cuando alude a una situación de ruptura matrimonial sujeta a un análisis por parte del Juez.¹⁵

La diferencia, entre el divorcio remedio y el divorcio sanción, radica en que el primero puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges, sin atender a la causal inculpatoria¹⁶.

p.76, PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, *"El divorcio"*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p.35.

¹¹El divorcio remedio constituye una solución al conflicto conyugal, por lo que a buena cuenta no se busca una represión al cónyuge culpable, sino que en realidad es el matrimonio propiamente la causa del problema. Cfr. PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, *"Reforma al régimen de decaimiento y disolución del matrimonio"*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p.34.

¹²En el divorcio sanción solo se acepta el divorcio cuando existen causas establecidas por la ley, adquiriendo uno de los cónyuges la calidad de culpable y el otro de inocente. Cfr. Umpire Nogales, Eulogio, *"El Divorcio y sus causales"*, ed. Lej, Lima, 2001, p.79.

¹³Vid. F.j N° 20 y N° 21.

¹⁴Vid. F.j N° 23.

¹⁵*Ibidem*.

¹⁶Vid. F.j N° 24.

TANTALEAN discrepa sobre la naturaleza jurídica de la causal de separación de hecho como figura jurídica que pertenece a la doctrina del divorcio remedio señalando que “se trata de un supuesto de divorcio sanción, porque si no hubiera responsable no se podría establecer una indemnización, ni la pérdida de gananciales, ni la de los derechos hereditarios¹⁷.”

En mi opinión, es una causal de naturaleza mixta y da lugar a un sistema de divorcio remedio mixto porque tiene características objetivas del sistema de divorcio remedio y subjetivas del divorcio sanción. Dicha postura es semejante a la regulada en la Cas N° 1782-2005-Lima. Es decir, no se toma en cuenta como factor de atribución el dolo o la culpa en la separación de hecho por parte de uno de los cónyuges para la concesión del divorcio, pero si es considerado para el otorgamiento de la indemnización.

3. Requisitos de la separación de hecho

Resulta necesario mencionar cuales son los elementos que configuran la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio.

PLACIDO ha señalado que para que se configure la separación de hecho debe cumplirse con dos elementos¹⁸.

Un primer elemento objetivo o material, consistente en la evidencia del quebrantamiento definitivo y permanente, sin solución de continuidad en la convivencia. Asimismo, un segundo elemento subjetivo o psíquico, determinado por la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de los cónyuges de no continuar viviendo juntos.

En la legislación argentina, son cinco los requisitos que se deben cumplir para que se configure la causal de separación de hecho¹⁹.

¹⁷Cfr. TANTALEAN ODAR, Reynaldo; *“Algunas cuestiones periféricas” en el Tercer Pleno Casatorio Civil*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 176, N°6, Lima, Mayo, 2013, pp. 48-58.

¹⁸Cfr. PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; *Manual de Derecho de Familia*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 206

El primer requisito es la interrupción de la cohabitación, este es el elemento objetivo o material de la separación de hecho, que se concreta a través de la suspensión de la cohabitación mediante el retiro del hogar conyugal o por la quiebra de ese deber de parte de los esposos que continúan viviendo en el mismo inmueble.

El segundo elemento es la falta de voluntad de unirse, este es el elemento subjetivo de la separación consistente en la voluntad de no convivir con el otro cónyuge. La separación es voluntaria cuando no existe de parte de uno de los esposos o de ambos la intención de recomponer la cohabitación y poner fin a la separación. Pero este elemento no es suficiente, requiriéndose la ruptura física de la convivencia.

Un tercer elemento es la antigüedad de la separación, se requiere de una antigüedad continuada de la separación de hecho de los cónyuges por un término mayor de dos años.

Este plazo debe ser valorado en forma ininterrumpida y no discontinua desde el momento en que se interrumpió la convivencia.

Un cuarto elemento es que puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges, el ejercicio de la acción corresponde a cualquiera de los esposos, tanto en el caso de que el cese de la cohabitación sea el resultado de un acuerdo común entre ambos como cuando responde al accionar individual de uno de ellos. Finalmente el quinto elemento es que el cónyuge inocente puede alegar y probar que no dio lugar a la separación.

Por otra parte, en nuestra legislación no puede alegarse separación de hecho como causal de divorcio cuando esta se produzca por cuestiones laborales²⁰, o por

¹⁹Cfr. LAGOMARSINO, Carlos y URIARTE, Jorge, *Separación personal y divorcio*, 2° ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, pp. 253-256.

²⁰Vid. La 3DFT de la Ley N° 27495. Ha establecido que “no se considerará separación de hecho aquella que se produzca por razones

una situación impuesta que jurídica o tácitamente sea imposible eludir, como el caso de una detención judicial; o por el supuesto cuando el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio.

De esta manera, concluyo señalando que, para que se configure la separación de hecho deberá cumplirse con los siguientes elementos:

Un elemento objetivo, que consiste, en el cese efectivo de la convivencia en forma temporal o permanente, cuya prueba es el apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes.

Un elemento subjetivo, que consiste, en la intención cierta de uno de los cónyuges de no continuar conviviendo juntos, sin que una necesidad jurídica lo imponga. Está conformado por la falta de voluntad de unirse que se configura por la no convivencia con el otro cónyuge.

Finalmente, un elemento temporal que es el transcurso ininterrumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia. Nuestra legislación ha establecido un plazo de dos años si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad y será de cuatro años si los cónyuges tienen hijos mayores de edad.

4. Efectos legales de la separación de hecho

El primer efecto de la separación de hecho como causal de divorcio es la disolución del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes jurídicos, que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua²¹.

laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”.

²¹Sin embargo, en este punto se ha generado una discusión, porque, la jurisprudencia del Pleno Casatorio ha utilizado el término “deberes morales”. *Vid* .Fj 43. En esta misma línea, TANTALEAN ODAR ha expresado su discrepancia con esta posición señalando que: “(...) el divorcio no viene a eliminar propiamente deberes de índole moral, dado que no es una medida moral sino más bien jurídica. Hay un ámbito en donde el derecho y la moral se entremezclan, es decir, se superponen. A

Lo señalado se desprende del artic. 24 del CC que ha señalado:

La mujer tiene **derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo** y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de la **separación de cuerpos**, la mujer conserva su derecho de llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el Juez.

El segundo efecto de la separación de hecho como causal de divorcio está relacionado a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado.

Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo mediante dos maneras:

Una primera forma es mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria incluyendo el daño personal; mientras que, la segunda es la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal²².

Con respecto a la patria potestad y derecho alimentario, el juez fija en la sentencia el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o del marido, observando los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden²³.

Debemos señalar que el artic. 345-A CC, *in fine*; nos remite a otras normas como son los artics. 323, 324, 342, 343, 351 y 352 CC. En efecto, los mencionados artículos han sido comentados por diferentes especialistas en derecho de familia.

esta área se le denomina *nomoética*". (*Algunas cuestiones "periféricas" en el Tercer Pleno Casatorio Civil*); *op.cit.*, p.52.

²²Vid. Cas N° 1484-2007-Huaura.

²³Cfr. PERALTA ANDIA; *op.cit.*, p.378.

PLACIDO comentando el artic. 323 CC, señala que la mención explícita de este artículo en nuestra legislación se trata de un dispositivo que determina la condición que corresponde al remanente de los bienes sociales que queda después de efectuada la liquidación del régimen de sociedad de gananciales²⁴.

La liquidación de la sociedad de gananciales comprende tres fases. La primera fase comprende la formación de un inventario valorizado de bienes de la sociedad, la segunda fase las deducciones o pagos prioritarios de deudas y la tercera fase la división de los gananciales por mitades entre ambos cónyuges o sus herederos²⁵.

En efecto, se desprende que al finalizar la sociedad de gananciales, se deberá liquidar ésta estableciendo un inventario de bienes en el cual se discrimine entre los bienes propios y los bienes sociales²⁶.

De una interpretación extensiva y concordada, de los artic. 345-A CC y el artic. 323 del mismo cuerpo legal se concluye que, la adjudicación preferente está referida principalmente al inmueble constituido en la casa habitación de la familia destinado a establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar²⁷.

Algunos autores nacionales han comentado el artic. 324 CC. En general, para dichos autores la regla general es que la separación de hecho no interrumpe la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales a que estuvieron sometidos los cónyuges. En tal virtud, estos siguen

²⁴Al respecto, *vid.* PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; *Código Civil comentado de 1984: comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil*, vol. 2, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 291 y 292.

²⁵Cfr. PERALTA ANDIA; *op.cit.*, p.300.

²⁶Cfr. ALVAREZ MAZU, Carlos, “Destino de las acciones de los cónyuges al divorciarse: Posición de la SMV (ex Conasev)”, en revista Contadores & Empresas, N° 188, Agosto, 2012, Lima, pp. 62-64.

²⁷*Ibídem.*

disfrutando de los beneficios patrimoniales del matrimonio de manera proporcional mientras dure dicho estado²⁸.

TAYA comentando el artic. 342 CC, ha establecido como premisa el poder discrecional del Juez para incidir y decidir en las relaciones familiares, demuestra la decisión del mismo en una de las más importantes relaciones, el derecho al alimento²⁹.

Asimismo, el artic. 343 CC, señala que, otro de los efectos que produce el divorcio es la pérdida de los derechos hereditarios; tanto para el cónyuge culpable como para el cónyuge inocente³⁰.

BUSTAMANTE comentando el artic. 351 CC, plantea el resarcimiento del daño moral que hubiera sufrido el cónyuge inocente como consecuencia de la conducta asumida por el cónyuge culpable en el proceso de divorcio³¹.

PERALTA comentando el artic. 352 CC, dispone que el cónyuge culpable pierda los gananciales que procedieran de los bienes del otro cónyuge. En efecto, dará lugar al feneamiento de la sociedad de gananciales³².

Para concluir quiero señalar que en las relaciones entre los cónyuges, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho. En cambio respecto a terceros, el régimen de la sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente del registro personal de acuerdo al artic. 319. CC, modificado por el numeral 1 de la Ley N° 27495.

²⁸Cfr. MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso; *en Código Civil Comentado*, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 295 y 296.

²⁹Cfr. TAYA RUTTI, Patricia; *en Código Civil Comentado*, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia. ed, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 242 y 243.

³⁰*Vid.* CasN° 1406-2005-Lima.

³¹Cfr. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia; *en Código Civil Comentado*, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp.423 y 424.

³² Cfr. PERALTA ANDIA; *loc.cit.*

5. Cuestiones procesales de la Separación de hecho en el Código civil peruano

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

Algunos autores, sostienen que, “la acción de divorcio es una acción personalísima que solo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en juicio”³³.

Un segundo aspecto procesal está referido a la competencia, es competente el Juez de Familia del último domicilio conyugal, o el del lugar donde reside el demandado, a elección del demandante. El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron de conformidad con el artic. 36 CC.

Un tercer aspecto procesal en nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artic. 113 CPC el Ministerio Público está autorizado para intervenir en un proceso civil como parte, como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite y como dictaminador. En el proceso de divorcio por causal y tal como lo ha señalado el artic. 481 CPC, es parte el representante del Ministerio Público, por lo que no emite dictamen alguno.

VELASQUEZ, refiere que “el respectivo agente del Ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos menores del matrimonio cuyo divorcio se pretende. Para tal fin deberá citársele en el auto admisorio de la demanda”³⁴.

³³Cfr. BAQUERO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, *Derecho de familia y sucesiones*, ed. Harla S.A, México, 1994, p.169.

³⁴Cfr. VELASQUEZ GOMEZ, Juan, *Procesos Civiles de Conocimiento*, 2º ed. Temis Librería, Bogotá, 1984, p.86.

El cuarto aspecto procesal está referido a la vía procedimental, en este caso la vía es el **proceso de conocimiento** y sólo procede a pedido de parte³⁵. De conformidad con el artic. 475 inc. 1 CPC que ha señalado:

Se tramitan en Procesos de Conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que:

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

La sujeción al proceso de conocimiento radica en que la sentencia, que declara la separación de cuerpos y divorcio por causal, modifica el estado de familia de los cónyuges al hacerlo pasar del de casados al de separados o divorciados con efectos *erga omnes*³⁶.

El quinto aspecto procesal de conformidad con el artic. 357 CC, el demandante en cualquier estado de la causa, puede variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una separación de cuerpos, siendo su objeto posibilitar la reconciliación de los cónyuges. Lo señalado constituye una excepción a la regla general regulada en el artic. 428 CPC, por la cual solo se pueden modificar la demanda y la reconvencción hasta antes de que sean notificadas.

El sexto aspecto procesal es que en el proceso de divorcio por causal, el actor debe proponer en la demanda la acumulación de pretensiones que, en relación con la principal de divorcio, tienen la calidad de accesorias como son: alimentos y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad y distribución de bienes gananciales. El artic. 485 CPC señala:

³⁵El proceso de conocimiento, es el proceso modelo por excelencia, pues su tramitación es de aplicación extensiva a todas aquellas controversias que carezcan de un trámite específico. Se distingue por la amplitud de plazos de las respectivas actuaciones procesales en relación con otros tipos de proceso. Cfr. HINOSTROZAMINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.7, ed. Juristas Editores, Lima, 2010, p.15.

³⁶Cfr. PLACIDO VILCACHAHUA; *op.cit.* p.143.

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

El séptimo aspecto por regla general es que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio de acuerdo a lo previsto en el artic. 335 CC. Sin embargo, excepcionalmente, dicha norma no es aplicable en los casos de divorcio por separación de hecho de acuerdo al artic. 333 inc 12 CC que señala:

"En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artic 335”.

Finalmente la norma ha establecido un requisito procesal, que es “el estar al día en las obligaciones alimentarias”, si dicho requisito sería ¿de admisibilidad o de procedencia?³⁷

Si lo consideramos como **requisito de procedencia**³⁸, su incumplimiento ocasiona la indefectible declaración de

³⁷Cfr. ALFARO VALVERDE, “Análisis procesal del requisito de estar al día e la obligación alimentaria para invocar la causal de separación de hecho” en revista Dialogo con la Jurisprudencia, vol.14, N° 124, Enero, Lima, 2009, pp. 207-209.

³⁸Esta forma de calificarlo como requisito de procedencia para invocar la separación de hecho, es la misma a la que se arribó en el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia llevado a cabo el 7 y 8 de septiembre de 2007, se planteó la siguiente interrogante: “El cumplimiento de la obligación alimentaria como requisito de la causal. ¿Se trata de un requisito de admisibilidad o procedencia de la demanda”. Respecto del cual se formularon las siguientes posiciones:

- a) El cumplimiento de la obligación alimentaria es un requisito de procedibilidad de la demanda que forma parte del interés para obrar como condición de la acción cuya satisfacción va a posibilitar un pronunciamiento válido sobre la pretensión de fondo referida al divorcio por causal de separación de hecho.
- b) Es un requisito de procedibilidad; sin embargo, en ejercicio de la función tuitiva de la especialidad y conformidad con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se debe otorgar a la parte demandante la oportunidad de acreditar durante el proceso dicho cumplimiento en aras a las garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución.

improcedencia, para tal caso el legislador ha previsto los supuestos legales en forma taxativa, los cuales se encuentran previstos en el artic. 427 CPC.

ALFARO ha señalado que se trataría de un requisito de admisibilidad, en caso de que el juzgador advierta su no demostración, la demanda debería ser declarada inadmisibile, otorgándolo un plazo perentorio para que cumpla con subsanar los defectos u omisiones detectadas por el juzgador³⁹.

De esta manera puedo concluir que se trata de una causal donde el legislador peruano incorporó un requisito procesal de “estar al día en el pago de la obligación alimentaria” en una norma sustantiva. El artic. 345-A CC carga al demandante estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias. En buena cuenta, se trataría de un requisito de admisibilidad de la demanda porque limitaría en menor grado acudir al órgano jurisdiccional y evitaría una mayor carga procesal.

Es un concepto jurídico que trae abajo el acrisolado criterio jurídico por el que “ningún cónyuge puede fundar su demanda en hecho propio”. Por lo tanto, la puede solicitar el cónyuge culpable como el inocente, igualmente, en estos casos, si se ha obtenido la separación judicial cualquiera de los cónyuges puede convertirla en divorcio.

No incluye los casos en que los cónyuges viven temporalmente separados por circunstancias que se oponen a su voluntad. No será una separación de hecho, el siguiente ejemplo:

Un matrimonio no tiene hijos y los cónyuges viven juntos por un tiempo de tres años. Posteriormente el cónyuge varón se ve obligado a viajar al extranjero a fin de seguir estudios de post grado luego de obtener una beca completa. Al término de los dos años de estudio, este se prepara para su sustentación; no obstante, se encuentra

³⁹Cfr. ALFAROVALVERDE ; *op.cit*, p. 208.

preocupado porque, a pesar que durante dicho lapso de tiempo cumplió con sus obligaciones económicas y alimentarias, su esposa le ha manifestado que, ya no desea seguir casada con él.

CAPITULO II

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DESPUES DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

I. Crónica que dio lugar al tercer Pleno Casatorio civil

Entre los diversos procesos elevados en Casación ante el Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas Especializadas en temas de Familia están resolviendo con criterios distintos y contradictorios los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente en torno a la indemnización prevista en el artic. 345-A CC⁴⁰.

De esta manera se ha evidenciado en el análisis de las Casaciones N° 5106-2009-Lima⁴¹, 1585-2010-Lima⁴², y 5512-2009-Puno⁴³, entre otras.

⁴⁰El 3PCC se llevó a cabo 18/03/2011. *Vid.* Cas N° 4664-2010-Puno.

⁴¹En 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. Por el contrario, 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.

⁴²En este proceso, el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una razón 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 este se había trazado.

⁴³En este proceso, el Juez de primera instancia señaló que, al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resultaba responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Por el contrario, en segunda instancia se estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no podrá ser estimada en la sentencia.

El caso que dio lugar al 3PCC, René Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se le declare el divorcio por causal de separación de hecho. Por consiguiente, la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación, y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente un régimen de visitas para con sus menores hijos.

De la misma manera el cónyuge demandante sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velasco, el 06 de diciembre de 1989 ante la Municipalidad Provincial de Juliaca. Durante su matrimonio procrearon cuatro hijos.

La demandada contesta la demanda y formula reconvencción para que el demandante la indemnice por daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de 250,000 Nuevos Soles⁴⁴.

Del mismo modo, la demandada alega que sufrió agresiones físicas y verbales por parte del demandado. Asimismo, que el demandante se llevó diversos bienes de la sociedad conyugal, incluyendo dinero ahorrado, y finalmente indica que se encuentra con problemas de salud.

De este modo, en la sentencia de primera instancia, se declaró **FUNDADA** la demanda de divorcio por 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 en el Registro Personal; **FUNDADA** la pretensión del régimen de visitas; **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 10,000 Nuevos Soles.

El demandante interpone Recurso de Apelación⁴⁵. En efecto, respecto al extremo que declara fundada en parte la

⁴⁴Cfr. *Infra.*, Cap II, 11.

⁴⁵La apelación es aquel recurso ordinario, vertical o de alzada formulado por quien se considera agraviado con una resolución judicial (auto o sentencia) que adolece de vicio o error, y encaminado a lograr que el

reconvencción sobre indemnización por daño moral. En la misma línea, alega que la demandada promovió la separación, que no lo apoyó, en sus estudios en forma exclusiva, y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial.

En la sentencia de segunda instancia, la Sala Superior **CONFIRMÓ** la sentencia apelada; igualmente en el extremo que declaró **FUNDADA** la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de 10,000 nuevos soles. No obstante, **REVOCARON** la sentencia en el extremo que declaro fundada la pretensión de régimen de visitas⁴⁶; igualmente, **REFORMÁNDOLA** declararon sin objeto de pronunciarse por sustracción de la pretensión en el 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.

Posteriormente, el demandante interpone recurso de casación⁴⁷, en el extremo que declaro fundada la

órgano superior en grado al que la emitió revise y proceda a anularla o revocarla, total o parcialmente, dictando otra en su lugar u ordenando al Juez A QUO que expida una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la decisión emanada del órgano revisor. Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.5, ed. Jurista Editores, Lima, 2010,p.49.

⁴⁶El derecho de visita tiene por objeto un conjunto de relaciones, desde la simple visita en sentido estricto hasta estancias y convivencia de varias semanas y cualquier forma de comunicación, entre dos personas, de las cuales una es menor de edad y por otro lado, el padre o madres separados familiarmente del hijo, quien no ejerce la custodia y tenencia del hijo. Cfr. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, *Tenencia y patria potestad: doctrina y jurisprudencia, tenencia de los hijos y régimen de visitas como atributos de la patria potestad. Aplicación del principio del interés superior del niño*, en revista Peruana de Jurisprudencia N° 20, vol.16, ed. Normas Legales, Lima, 2002, pp. 21 y 22.

⁴⁷El Recurso de Casación es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por la ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) revise, revoque o anule las resoluciones expedidas por las Salas Superiores como órganos de segundo grado (que pongan fin al proceso), que infringen la normatividad material o procesal a tal punto que la referida infracción incide directamente en la parte decisoria de la

reconvención sobre la indemnización, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de 10,000 nuevos soles.

En la misma línea, dicho recurso se sustentó por aplicación indebida del artic. 345- A CC y por contravención al artículo VII del Título Preliminar del CPC, considerando la Sala Suprema conceder el recurso de casación en el primer extremo.

Finalmente, el recurso de Casación interpuesto por el demandante es declarado **INFUNDADO** de conformidad con el artic. 397 CPC.

Asimismo, en dicha Casación las siguientes reglas constituyen **PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE**:⁴⁸

- a) En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros donde el Juez tiene facultades tuitivas. En consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte⁴⁹, congruencia⁵⁰,

resolución de que se trate, provocando así un fallo ilegal, irregular, indebido o injusto.

Cfr. HINOSTROZA; *op.cit*, p.257.

⁴⁸Un precedente vinculante constituye una regla de derecho generada por una corte de justicia y que va a tener alcance general, tanto a nivel público, como privado. Cfr. QUIROGA LEON, Aníbal, *Los precedentes vinculantes: del Tribunal Constitucional. Código Procesal Constitucional: comentarios doctrinados, estudios jurisprudenciales, Jurisprudencia, cuadro detallado de cada sentencia, índice analítico*, coord. Oscar PEÑA GONZALES, ed. Lince, 2012, p.19.

⁴⁹El proceso civil solo puede iniciarse a instancia de parte. El principio de la demanda privada o de la iniciativa privada (*nemo iudex sine actore*). El Juez no está facultado para iniciar un proceso de oficio. Cfr. RIOJA BERMUDEZ, Alexander, *El Nuevo Proceso Civil*, ed. Adrus, Lima, 2011, pp. 55 y 56.

⁵⁰La palabra clave en la congruencia es **la correspondencia, identidad, adecuación** entre dos elementos: la pretensión y lo que se decide de ella en la sentencia, la que se puede entender en tres vertientes. La primera es la adecuación de la sentencia y las pretensiones de las partes, la segunda la correlación entre las peticiones de tutela y los pronunciamientos del fallo y la tercera es la armonía entre lo solicitado y lo decidido. Cfr. VILELA CARBAJAL, Karla, *"Revisión en Casación de vicio de nulidad procesal por incongruencia extra petita"* en revista lus

formalidad⁵¹, eventualidad⁵², preclusión⁵³, acumulación de pretensiones⁵⁴. 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 artics. 4 y 43 CP que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como

Jurisprudencia, N° 8, Agosto, 2008, pp.93-108. El principio de congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. Se puede clasificar en:

- a) Se denomina Incongruencia *citrapetita* a la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones.
- b) La incongruencia *extra petita* ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o esté referida a una persona ajena al proceso.
- c) La incongruencia *ultra petita* es aquella originada en el hecho que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido.

Cfr. MONROY GALVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, ed. Themis de Belaúnde, Santa Fe de Bogotá, 1996, p.89.

⁵¹En materia de prueba, como en todo el proceso en general, no rige el principio de libertad de las formas, según el cual las actividades instructoras pueden ser realizadas en el tiempo, modo y lugar que las partes libremente convengan. Vid. MIDON, Marcelo, *Derecho probatorio*, vol.1, ed. Jurídica Cuyo, Argentina, 2007, p.78. En nuestro sistema jurídico se encuentra regulado en el artic. IX del Título Preliminar del CPC.

⁵²Este principio está estrechamente vinculado con el principio de concentración, así como, con el de preclusión, configura otra de las manifestaciones en que se traduce el principio de economía, en virtud del cual todas las alegaciones que son propias de cada uno de los periodos preclusivos en que se divide el proceso deben plantearse en forma simultánea y no sucesiva. Vid. GOZAINI, Osvaldo. Dirección URL: <http://ucasalvm.com.ar/derechophp/.admin/archivos/4e00f1705acbbPrincipios_Procesales.pdf>, [fecha de consulta: 26 de abril de 2014].

⁵³Por este principio adquieren carácter firme los actos cumplidos dentro del periodo pertinente, y se extinguen las facultades procesales que no se ejercerán durante su transcurso. Cfr. RIOJA BERMUDEZ; *op.cit.*, p.69.

⁵⁴Es el que se produce cuando en la demanda se postula ante el órgano jurisdiccional una pluralidad de pretensiones con finalidades diversas, puesto que, lo determinante para hablar de acumulación es la existencia de dos o más pretensiones. Cfr. PEREZ RIOS, Carlos, *La acumulación en el proceso civil peruano*, ed. Prysma, Lima, 2008, p.53.

la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho⁵⁵.

- b) 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 artic. 345-A CC⁵⁶.

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.

⁵⁵El Estado democrático de Derecho surge por la irrupción de los denominados “principios democráticos” que consagran el ascenso a un plano activo de clases sociales o colectivos tradicionalmente marginados de la posesión de bienes económicos y culturales, así como de la participación en el poder político, los mismos que forzaron al Estado Liberal a optar por una solución de compromiso que lo obligo a reducir los antagonismos sociales por procedimientos reformistas no violentos. Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan, *Principios del Derecho Administrativo*, vol. 1, 3º ed. Central de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p.67. La noción de Estado Social de Derecho alude a una comunidad política en donde sobre las bases de las exigencias establecidas, se busca “acomodar” la convivencia dentro de un orden económico y social con vocación de plasmar la justicia social; y, por ende, generar una sociedad con igualdad de oportunidades para todos. Cfr. GARCIA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, ed. Palestra Editores, Lima, 2005, p.147.

⁵⁶El F.j 50 ha establecido los criterios para determinar cuando el cónyuge es más perjudicado y son los siguientes:

- a) El primero que, no haya dado motivos para la separación de hecho.
- b) El segundo 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) Finalmente el tercero es que, haya sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

De la misma forma, el daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

- c) Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, a pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como expresión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado⁵⁷. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

- c.1) En la misma línea, 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 consecuencia, 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 inmediata⁵⁸.

⁵⁷La demanda constituye uno de los actos procesales fundamentales, con la que el proponente no solo acciona para hacer valer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino también plantea su pretensión procesal, con cuya admisión a trámite se va a generar el proceso y consecuentemente una relación jurídica procesal entre el actor y el demandado. *Vid.* Cas N° 1183-2006-Lima. La reconvencción es aquella institución jurídica que contiene una pretensión autónoma del demandado dirigido contra el actor, que guarda conexidad con la pretensión de este invocada en la demanda, pero no la contradice. No se plantea aparte sino dentro del mismo proceso, lo cual implica que tanto el demandante como el demandado originarios tengan a la vez la categoría procesal contraria. Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.6, ed. Juristas, Lima, 2010, p. 555.

⁵⁸La audiencia de pruebas significa un acto jurídico procesal a través del cual se da la participación directa, inmediata y personalísima del Juez, ante quien concurren los sujetos procesales a fin de actuar en forma oral

- c.2) En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados⁵⁹.
- c.3) En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes , en la medida que, 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.
- c.4) En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso⁶⁰, particularmente el derecho de defensa

aquellas pruebas ofrecidas en la etapa postulatoria de la litis. Cfr. HINOSTROZA; *op.cit.*, p.291.

⁵⁹Los puntos controvertidos se refieren a los hechos sobre los cuales existen discrepancias entre las partes. Son los hechos que van a ser objeto de los medios probatorios; son los hechos que van a ser materia de probanza. *Vid.* CARRION LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t.2, ed. Grijley, Lima, 2000, p.532.

⁶⁰El debido proceso tiene una dimensión formal constituida por las garantías procesales formales (derecho de defensa, de pluralidad de instancias, de motivación de resoluciones, entre otros) y una dimensión sustantiva conformada por las garantías procesales sustantivas (razonabilidad, proporcionalidad y, en fin, justicia en la decisión final). Así, el debido proceso se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental, que se encuentra conformado por un conjunto de garantías que cumplen la función de conseguir la justicia en la solución del caso.

Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, ed. Grijley, Lima, 2008, p. 452. El derecho al debido proceso resulta un derecho implícito del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que supone tanto la observancia de derechos fundamentales esenciales del procesado, así como, principios y reglas exigibles dentro del proceso. Cfr. LANDA ARROYO, Cesar, *El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República Tribunal Constitucional del Perú, y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, v.1, ed. Colección de Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia, Academia de la Magistratura, Lima, 2012, p. 16.

de las partes⁶¹, el principio de contradicción ⁶²y, el derecho a la instancia plural.⁶³

- d) 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.⁶⁴

El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias:

El grado de afectación emocional o psicológica, la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar⁶⁵. Si dicho cónyuge tuvo

⁶¹Es de naturaleza procesal y conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta, entre otros, como principio de interdicción en caso de indefensión y como 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. *Vid.* STC N° 0282-2004-AA/TC, fundamento 3.

⁶²Por este principio cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por su contraria. Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Garantismo Procesal*, ed. Adrus, Arequipa, 2010, p.43.

⁶³Este principio tiene como finalidad garantizar que lo resuelto por el órgano jurisdiccional puede ser revisado en instancias superiores a través de los correspondientes medios impugnatorios formulados dentro del plazo legal. Cfr. LANDA ARROYO; *op.cit*; p.32.

⁶⁴La prueba en sentido amplio, puede ser entendida como aquel medio útil para dar a conocer algún hecho o circunstancia. A través de ella adquiere el Juez conocimiento de la realidad y no de las afirmaciones de las partes que bien pueden ser expresadas sin que estén acompañadas de prueba alguna que las sustente. Por su parte los indicios no constituyen medios de prueba sino sus sucedáneos porque no son elementos o instrumentos que puedan aportar las partes al proceso o ser incorporados a él por el magistrado, destinados a suministrar las razones o motivos que forman la convicción del juzgador. Finalmente la presunción es un mecanismo mental interno, con la finalidad de inferir del hecho ya conocido, el hecho desconocido, con un iter de la hilación fundado en la experiencia o a menudo en el *id quod plerumque accedit*. Cfr. HINOSTROZAMINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.3, ed. Juristas Editores, Lima, 2010, pp. 18 y 274.

⁶⁵La tenencia es el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo. Es un atributo exclusivo de la patria potestad, no siendo posible su extensión a terceros. Cuando sea un tercero que asuma la tenencia del menor, lo hará con el título de tutor, si el ejercicio del cargo es

que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado, y 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.

- e) 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 CPC.
- f) 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.

Para concluir este epígrafe, quiero resaltar que el 3PCC no es claro en establecer ante qué tipo de acumulación nos encontramos. Se trataría de una acumulación que tiene su origen en el acto inicial del proceso donde las pretensiones se proponen en la demanda por lo tanto considero que se trataría de una **acumulación objetiva. Accesoria**, porque las pretensiones acumuladas en la demanda se encuentran relacionadas entre sí y además será **implícita, tácita o legal** donde la pretensión accesoria se considera tácitamente integrada a la demanda, siempre que ésta accesoria esté expresamente prevista en la ley de conformidad con el último párrafo del art. 87 CPC en concordancia con el art. 483 CPC.

permanente, o de guardador, si es de carácter provisional. Cfr. BUSTAMANTE OYAGUE; *op.cit.*, p.20.

II. Controversia sobre la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho

La RAE, ha precisado que “naturaleza” significa sencillamente la “esencia y propiedad característica de cada ser” y en segundo lugar, la expresión “jurídico” quiere decir lo que “atañe al derecho”⁶⁶.

Por consiguiente como resultado de asociar las dos expresiones: naturaleza jurídica tendremos como resultado que tal término busca establecer básicamente el fundamento y la finalidad de todo negocio o de algún instituto jurídico.

Se han cumplido tres años, desde la fecha de la sentencia dictada sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil del 2011⁶⁷.

Revisando la sentencia del Tercer Pleno Casatorio, se verifica que para establecer los aspectos principales de la figura jurídica de la indemnización por separación de hecho ha considerado en su análisis para su formación legislativa modelos jurídicos de otros países⁶⁸. Como son los sistemas jurídicos de Francia, Italia y España; que son básicamente los que han inspirado nuestro Derecho Civil⁶⁹.

De esta manera tenemos instituciones análogas a la indemnización estudiada. En el sistema español tenemos la pensión compensatoria, regulada en el artic. 97 CCE⁷⁰; el

⁶⁶ Vid. Diccionario de la Real Academia Española, acepciones 6 y 1.

⁶⁷ Cfr. *supra*, Cap II, 7.

⁶⁸ Cfr. ALFARO; *op.cit.*, p.68

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Artic. 97 CCE que la 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”.

assegno di divorzio (asignación por divorcio) regulada en el artic.129 CCI⁷¹.

Finalmente la *prestation compensatoire* (prestación compensatoria) regulada en el artic. 270 CCF⁷².

PEÑA ha definido la pensión compensatoria como, “el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente al otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas”⁷³.

En la doctrina se han formulado distintos enfoques sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por causal de separación de hecho. En general son cinco las posturas.

La primera postura le ha designado una naturaleza jurídica alimentaria o asistencial. La segunda postura la naturaleza de reparación civil.

La tercera y cuarta postura le han designado una naturaleza de indemnización por sacrificio y obligación legal, respectivamente. Finalmente la última postura atribuye a la indemnización una naturaleza jurídica mixta.

⁷¹Artic. 129 del CCI: “*El cónyuge a quien se debe la nulidad del matrimonio, está obligado a pagar al otro cónyuge de buena fe, si el matrimonio es anulado, una compensación adecuada, incluso en ausencia de evidencia de daño sufrido. La indemnización debe, sin embargo, incluir una cantidad correspondiente para mantener durante tres años. Es también obligación de pagar una pensión alimenticia al cónyuge de buena fe, con la condición de que no hay otra obligación*”.

⁷²Artic. 270 del CCF: “*Salvo cuando se dictara con motivo del cese de la convivencia conyugal, el divorcio pondrá fin al deber de socorro previsto en el artículo 212 del Código Civil; pero uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas*”.

⁷³Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid 1989, p.125.

1. Naturaleza jurídica alimentaria

Podemos advertir que en la legislación española diversos autores atribuyen a la pensión compensatoria una naturaleza jurídica alimenticia o asistencial⁷⁴.

En esta línea algunos autores, han ligado las circunstancias de edad y estado de salud del artic. 97 inc 2 CCE al carácter alimenticio de la pensión⁷⁵.

MARTINEZ ha señalado que, “en la mayoría de los casos, la pensión compensatoria, dotada por ley de mayor contenido, podrá cumplir la función asistencial o alimenticia. Por lo tanto, evitará que nazca una obligación de alimentos autónoma, bien porque la incluye o bien porque la sustituye”⁷⁶.

El desequilibrio económico constituye su presupuesto de otorgamiento. De esta manera se puede aproximar la pensión derivada del divorcio a las pensiones genuinamente alimenticias⁷⁷.

Sin embargo, existen diferencias entre la pensión compensatoria y los alimentos.

La primera diferencia se encuentra en los presupuestos de su nacimiento. La compensación económica supone la existencia de un desequilibrio económico para un cónyuge, derivado de la separación o divorcio. En cambio, la piedra

⁷⁴Cfr. LASARTE ALVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNANDEZ, María del Rosario, en “*Comentarios al artic 97, en Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*”, Coord, José LACRUZ BERDEJO, ed. Civitas, Madrid, 1982, pp.753-756, y ss; MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 325; GARCIA RUBIO, María, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, ed. Civitas, Madrid, 1995, p.153.

⁷⁵Cfr. LASARTE y VALPUESTA; *loc.cit.*

⁷⁶Cfr. MARTINEZ; *loc.cit.*

⁷⁷Cfr. GARCIA; *loc.cit*

angular del derecho de alimentos es el estado de necesidad del alimentario⁷⁸.

La segunda diferencia se encuentra en su finalidad. La compensación económica contiene elementos indemnizatorios y compensatorios⁷⁹. En cambio el derecho de alimentos solo persigue superar el estado de necesidad del alimentario⁸⁰.

La tercera diferencia radica en su contenido. La compensación económica es de mayor amplitud que el derecho de alimentos; es decir, no solo cubre necesidades vitales⁸¹.

La cuarta diferencia se sustenta en su variabilidad. Los alimentos son esencialmente variables en proporción a la mayor o menor necesidad del que los recibe y a la mayor o menor fortuna del que los da⁸². En cambio, la pensión compensatoria puede ser modificada “por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge⁸³”.

⁷⁸Cfr. LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, p.28.

⁷⁹Cfr. TORRERO MUÑOZ, Magdalena, *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, ed. Práctica de Derecho, Valencia, 1999, p.150.

⁸⁰Cfr. MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, “*Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria*”, en revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía la Ley, N° 5417, 2001, p.2.

⁸¹Cfr. CAPUZANO TOME, Herminia, “*La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*”, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1986, p.20.

⁸²De acuerdo al artic. 147 CCE : “*Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentaran proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos*”.

⁸³En conformidad al artic. 100 CCE : *Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o divorcio, solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno otro cónyuge*.

La quinta diferencia se encuentra en su transmisibilidad. La obligación de alimentos cesa con la muerte del obligado a prestarlos⁸⁴. Por el contrario, la pensión compensatoria no se extingue por la muerte del cónyuge deudor, sin perjuicio de la facultad de los herederos de este de solicitar su reducción o supresión en los eventos previstos por la ley⁸⁵.

La sexta diferencia se justifica en su disponibilidad. La pensión compensatoria se manifiesta como un derecho disponible, fundamentalmente porque la ley no ha prohibido su renuncia. En cambio, la obligación de prestar los alimentos y el derecho a reclamarlos son irrenunciables⁸⁶.

La séptima diferencia reside en su modalidad de cumplimiento. Los alimentos se presentan como una obligación de tracto sucesivo y de cumplimiento periódico. En cambio, la compensación económica puede consistir en una pensión temporal, indefinida o en una prestación única⁸⁷.

En la legislación argentina, una autora ha señalado que, en contra del carácter resarcitorio o indemnizatorio, se plantea que las prestaciones alimentarias son asistenciales y no reparadoras. Lo condenado a pagar por concepto de

⁸⁴En este sentido el art. 150 CCE: *“La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.*

⁸⁵ Nos remite al art. 101 CCE: *“El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”. “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.*

⁸⁶De esta manera lo ha establecido el art. 151 CCE cuando ha señalado: *“No es renunciable, ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos”. “Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas”.*

⁸⁷Cfr. MARTINEZ RODRIGUEZ; *op.cit.*p.3.

alimentos contribuye al sostenimiento del inocente, pero no repara el daño causado ni contribuye a su superación⁸⁸.

En consecuencia, en el derecho argentino la compensación económica tiene carácter alimenticio o asistencial de acuerdo a lo señalado en el artic. 209 CCA⁸⁹.

Por lo tanto, en mi opinión, en España la compensación económica no tiene naturaleza alimenticia, sino indemnizatoria, en la medida que, reequilibra la situación económica del cónyuge más perjudicado por la cesación del vínculo matrimonial.

Para concluir, el legislador peruano ha precisado de manera clara en el artic. 345-A CC que la indemnización es independiente de la pensión de alimentos que le pueda corresponder, cuando señala:

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.**

De esta manera se comprueba el hecho de que la indemnización estudiada no se puede fijar en función a la naturaleza jurídica alimentaria.

2. Naturaleza jurídica de responsabilidad civil

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición, en virtud del cual se sostiene que la indemnización estudiada se identifica con un tipo de responsabilidad civil en

⁸⁸Cfr. MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p.57.

⁸⁹El artic. 209 CCA: *“Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia. Para determinar la necesidad y el monto de los alimentos se tendrán en cuenta las pautas de los incisos 1°, 2° y 3° del Artículo 207.*

sentido estricto⁹⁰. En ésta línea, se le suele asociar con la responsabilidad civil extracontractual y por ello sujeto a los elementos característicos como son: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

No obstante, la jurisprudencia del Pleno ha establecido que la indemnización no requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común⁹¹.

Particularmente, no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisitos de procedencia de esta indemnización. Sin embargo, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño personal con la separación de hecho.

Por lo tanto, el dolo o la culpa no son presupuestos *sine qua non* de la causal de separación de hecho a efectos de ser favorecido con la indemnización⁹².

Se distinguen dos momentos para determinar la “indemnización”⁹³.

En un primer momento la indemnización cubre los perjuicios a la persona y a la situación económica del otro cónyuge más perjudicado desde el momento de la separación de hecho de uno de los cónyuges. En un segundo momento, la “indemnización” cubre los perjuicios por la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas desde que se emite sentencia firme del proceso de divorcio.

⁹⁰ Vid. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, “Responsabilidad civil derivado del divorcio”. Dirección URL: <<http://castillofreyre.com>>, [fecha de consulta: 16 de abril de 2013]. Cfr. ARIAS SCHEREIBER, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, t.7, *Derecho de Familia*, 3° ed. Con la colaboración de Ángela ARIAS SCHREIBER y Alex PLACIDO VILCACHAHUA, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p.317.

⁹¹ Vid. F.j 59.

⁹² Cas. N° 2602-2010-Arequipa.

⁹³ Vid. F.j 63.

De esta manera surge la interrogante, si resulta posible hablar de responsabilidad civil derivada del divorcio.

Para responder a esta interrogante recurriré a los planteamientos que, básicamente, pueden sintetizarse en dos teorías: la teoría negativa y la teoría positiva⁹⁴.

La teoría negativa tiene los siguientes argumentos:

- a) En el ámbito de las relaciones de familia rige la autoridad del pater, y se considera inviable la intervención del Estado en tales vínculos.
- b) En el Derecho de Familia rige el principio de especialidad.
- c) No existen normas generales en el Derecho de Familia respecto de la reparación de daños.
- d) Reparar los daños derivados de las relaciones de familia puede atentar contra la armonía y estabilidad de las mismas.

Por el contrario, la teoría positiva tiene los siguientes argumentos:

- a) El Derecho de Familia ha evolucionado de manera vertiginosa en los últimos años.
- b) El Derecho de Familia no se basta a sí mismo. De este modo, es inviable que estas normas se opongan a la aplicación de las del Derecho de Daños, que tienen jerarquía constitucional.
- c) El Derecho de daños.

⁹⁴Cfr. TANZI, Silvia y PAPILLU, Juan, “*Daños y perjuicios derivados del divorcio*” (*doctrina y jurisprudencia en Argentina*), en Revista chilena de Derecho Privado N° 16, ed. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago, Julio, 2011, pp. 135-161.

Como se puede apreciar la tesis positiva cuenta con razones justificativas más sólidas que la teoría negativa.

La otra interrogante sería, si dicha responsabilidad civil es contractual o extracontractual.

Doctrinariamente se han esgrimido diversas interpretaciones en torno al matrimonio que puede ser entendido mediante dos maneras: el matrimonio como contrato y el matrimonio como institución⁹⁵.

Diversos autores nacionales⁹⁶, consideran que los daños derivados de las relaciones familiares quedan emplazados dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual de la responsabilidad civil.

En la legislación francesa algunos autores han señalado que la pensión compensatoria, tiene fundamento indemnizatorio o compensatorio por las consecuencias pecuniarias del divorcio⁹⁷.

Opino que la indemnización estudiada no se configura como un supuesto de responsabilidad civil en sentido estricto, porque no se cumple con todos los elementos característicos como son: la antijuridicidad, el daño, relación de causalidad y factor de atribución.

⁹⁵Al respecto OSTERLING PARODI (*op.cit.*, pp.12) manifiesta que el matrimonio contrato se centra en la importancia del consentimiento para equipar el matrimonio aunque sin dejar de conocer su relevancia a la figura del contrato. Por el contrario, el matrimonio institución parte de la idea de que si bien el consentimiento es la base del matrimonio válido, una vez establecido el matrimonio, queda también establecido entre las partes una relación que ellas no pueden cambiar.

⁹⁶Cfr. MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso; *op.cit.*, p.398; OSTERLING, Felipe; *op.cit.*, p.13; SCHEREIBER, Max; *op.cit.*, p. 317.

⁹⁷ Cfr. WEIL, Alex y TERRE, Francois, *Droit Civil, Les Personnes*, Dalloz, Paris, 1983, p.103.

3. Naturaleza jurídica de indemnización por sacrificio

VIDAL atribuyó a la compensación económica, el carácter de indemnización por sacrificio⁹⁸. Se presentará en aquellos casos en que la ley obliga a una persona al pago de una indemnización que no constituye manifestación de responsabilidad civil propiamente dicha, por no concurrir sus elementos caracterizadores.

Sin embargo, otros autores la suele distinguir bajo el nombre de “indemnización por afectación lícita del derecho”; en virtud del cual se designa la “suma que debe pagarse a quien debe soportar una carga o privación de un derecho por un imperativo jurídico justificado”⁹⁹.

Critico esta postura porque concibe al matrimonio como una institución que impone sacrificios. Por lo tanto, resulta discriminatoria, porque no se trata que exista un cónyuge sacrificado y otro beneficiado.

En esta línea, nuestro sistema jurídico reconoce la igualdad de derechos entre hombres y mujeres de acuerdo al artic 2 inc 2 de la CP en concordancia con el artic 4. CC que regula la igualdad entre varón y mujer en el goce y ejercicio de sus derechos.

4. Naturaleza jurídica de obligación legal

LEON ha señalado que “la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica en circunstancias específicas y el fundamento de esta obligación indemnizatoria la encontramos en la en la solidaridad familiar”¹⁰⁰

⁹⁸Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *“La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil en el Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio”*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp.251 y ss.

⁹⁹Cfr. CESPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, *“Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”*, en Revista Chilena de Derecho, vol.35, N° 3, 2008, pp.439-462.

¹⁰⁰Cfr. LEON HILARIO, Leysser, *Tercer Pleno Casatorio Civil*, ed. Poder Judicial, Lima, 2010, p. 214.

ALFARO ha señalado que ésta obligación legal se puede conceptuar de la siguiente manera: “Es una obligación legal derivada del decaimiento de la relación matrimonial por la causal de la separación de hecho, declarado judicialmente a través de una sentencia de separación de cuerpos o de divorcio. Su esencia reside en el derecho que nace a favor de un cónyuge (el más perjudicado) y a cargo del otro al pago de un resarcimiento en aquellos supuestos en que al momento de la interposición de la demanda se acredite la configuración de una inestabilidad económica entre las posiciones personales de los cónyuges capaz de generar un perjuicio de naturaleza objetiva”¹⁰¹.

Opino que considerar a la indemnización estudiada solo como obligación legal sería incompleto, en la medida que, solo otorgaría la indemnización a favor del cónyuge perjudicado por estar regulada en la Ley. No tendría en cuenta el daño que es un elemento necesario para dar lugar a una Responsabilidad Civil en este caso familiar.

¹⁰¹Cfr. ALFARO VALVERDE, Luis, “Análisis jurisprudencial en torno a la indemnización derivada de la separación de hecho en el Perú”, *Primer Concurso de investigación jurídica de jurisprudencia nacional*, en Academia de la Magistratura, Lima, Marzo, 2009, pp.130 y 131.

Esta obligación legal tiene las siguientes características:

- a) **Personalísima**, porque únicamente puede hacerla valer el cónyuge o mejor dicho su ex cónyuge más perjudicado y nunca por sus acreedores o herederos.
- b) **Carácter circunstancial y flexible**, esto significa que no es un derecho de carácter absoluto sino de carácter ocasional, en el sentido que su declaración judicial por los juzgadores debe estar supeditada a las circunstancias personales, laborales, sociales y familiares que conforman el entorno del matrimonio en crisis y no únicamente de la existencia del matrimonio y la prueba de la inestabilidad económica que requiere la norma jurídica.
- c) **Declarada judicialmente** en la medida que se establece con el propósito de ser un remedio hábil para un determinado momento y situación, y que se articula con miras de futuro para las llamadas crisis matrimoniales.

5. Naturaleza jurídica mixta

En el sistema jurídico italiano, la pensión compensatoria llamada asignación por divorcio tiene elementos asistenciales, resarcitorios y compensatorios. Además uno de los supuestos para tener derecho a esa pensión es que es una cuota periódica en proporción a los ingresos y rentas del obligado¹⁰².

6. Posición personal

Considero que la indemnización regulada en nuestro sistema jurídico civil constituye un supuesto de **Responsabilidad civil Familiar de tipo contractual**, que tiene como elemento característico el daño con la peculiaridad que es un daño ocasionado entre los cónyuges, en el interior de la familia lo que se denomina en doctrina daños endofamiliares.

Tendrá como fundamento la equidad y la solidaridad familiar entre los cónyuges y deberá armonizar con los principios constitucionales del derecho de familia que son: protección de la familia, promoción de la familia, de reconocimiento integral de las uniones de hecho, de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y ancianidad; así como, el principio de igualdad de los hijos frente a los padres.

III. Algunas consideraciones del daño al proyecto de vida y el daño al proyecto de vida matrimonial en el Derecho Contemporáneo

El concepto de “proyecto de vida” ha sido desarrollado por diversos autores nacionales y extranjeros¹⁰³.

¹⁰²Cfr. CU PENSABE, Leonardo, *Pensión alimenticia, resarcitoria para la mujer cuyo trabajo doméstico no fue remunerado durante el matrimonio*, ed. Escuela Judicial del Estado de Campeche, México, Junio, 2013, p.53.

¹⁰³Cfr. En la doctrina nacional. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*. En Dike Portal de Información y Opinión Legal-PUCP, Lima, 2003, pp. 34 y 35; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Los derechos de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el

DIAZ ha señalado que “en el proyecto de vida el ser humano marca su destino, fijas sus metas a las cuales dirigirá todos sus esfuerzos”¹⁰⁴.

La sintomatología del daño al proyecto de vida hace alusión al tipo de daño que este representa. Es decir, siguiendo la clasificación de daños, debe establecerse qué tipo de daño es el que se llama daño al proyecto de vida¹⁰⁵.

VARSÍ señala que el proyecto de vida es un afinamiento en el desarrollo de las potencialidades personales del joven en el tránsito de individuo a persona. De esta manera, p. ej el deporte es parte del proyecto de vida¹⁰⁶.

Primeramente el daño al proyecto de vida, es aquel que “incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia decisión”¹⁰⁷.

Tomando el concepto del proyecto de vida que es lo que le da un sentido a la existencia del hombre, aquello que le va a permitir realizarse como persona, convirtiéndose; por lo tanto, en una meta existencial que busca alcanzar en el

pensamiento del maestro peruano Carlos FERNANDEZ SESSAREGO”, en *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del diario oficial “El Peruano”, Año 3, Lima, Enero, 2007, p.7. En la doctrina extranjera, Cfr. FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, ed. Instituto Americano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 520. Vid. CALDERON GAMBOA, Jorge, “*La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura*”, Dirección URL: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2472/13.pdf>>, [fecha de consulta: 18 de abril de 2014], BURGOS, Oswaldo R., *El daño experimental de los llamados damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Daño al proyecto de vida, daño existencial, daño moral o el hombre como límite del derecho*, Dirección URL: <<http://www.aaba.org.arbi22n017.htm>>, [fecha de consulta: 18 de abril de 2014].

¹⁰⁴Cfr. DIAZ CACEDA, Joel, “*Los conceptos de daño a la persona y el daño al proyecto de vida en las reparaciones por violaciones a los Derechos Humanos en el Perú*”, Tesis para optar título profesional de abogado- PUCP, Lima, 2004, p.12.

¹⁰⁵ Este término ha sido utilizado por el autor Carlos FERNANDEZ SESSAREGO en sus obras sobre el daño al proyecto de vida.

¹⁰⁶ Cfr. VARSIROSPIGLIOSI; *loc.cit.*

¹⁰⁷Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO; *op.cit.*, p.770.

transcurso de su vida. Como consecuencia, tendrá como causa y origen un previo “daño psicosomático” que comprende la lesión inferida tanto a *soma* o cuerpo, como en la *psique*¹⁰⁸.

Sin embargo, el daño al proyecto de vida, como todo nuevo instituto jurídico ha sido criticado por parte de la doctrina nacional y extranjera. En el derecho peruano ha sido criticado por su carácter no patrimonial, mientras que, en el derecho comparado por su carácter plural que tiene el proyecto de vida.

LEON ha señalado que “el proyecto de vida es invisible y cambiante, invaluable y propicia la monetización de los sueños y añoranzas. Por lo tanto, debe mantenerse en el terreno de lo irresarcible”¹⁰⁹.

ZAVALA ha criticado a un autor nacional, en el sentido que, no existe un único proyecto de vida existencial¹¹⁰.

El daño al proyecto de vida matrimonial, se encuentra regulado en el fundamento décimo segundo de la **Cas. N° 4921-2008-Lima**.

¹⁰⁸Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “*El proyecto de vida y los derechos fundamentales*” en Revista Jurídica del Perú, N° 35, Año, 12, Lima, 2002, p. 65

¹⁰⁹Cfr. LEON HILARIO, Leysser, “*¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio, de cómo el daño al proyecto de vida continua inflando peligrosamente los resarcimientos!*”, en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 104, Año 12, Lima, Mayo, 2007, p.79.

¹¹⁰En este aspecto surge una controversia con el jurista nacional Carlos FERNANDEZ SESSAREGO. Para la autora argentina, no hay un plan vital único, sino múltiples, y ello suscita un elenco lesivo, flexible y simultáneamente puntualizado. Asimismo, refuta la idea planteada y defendida por el jurista nacional, en cuanto que, que el daño al proyecto de vida se trata de un daño autónomo y que debe ser indemnizado como rubro distinto del daño moral. Cfr. ZAVALA DE GONZALES; Matilde; “*Daños a proyectos de vida*” en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, ed. La Ley, Año 7, N°4, Abril, 2005, p.3

Este daño ha sido definido como aquello “que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio, y por ende idearon escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos para dicho fin. Los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiesta en que, uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor. En consecuencia, el otro cónyuge asume la de cuidado, crianza, protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor, el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho”.

CABALLERO ha señalado que se trata de “un proyecto de realización conjunta de dos personas (los cónyuges) a través del matrimonio, en virtud del cual para el logro de dicho cometido, uno de ellos va a asumir el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos cediendo al otro el sostenimiento de la familia (el rol de proveedor)”¹¹¹.

En consecuencia uno de los fundamentos del Pleno Casatorio ha señalado que, “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 jurisprudencia¹¹².

De acuerdo a lo señalado anteriormente surge una interrogante si tenemos en cuenta que la jurisprudencia del Pleno Casatorio utiliza el término “extensión” como si el daño al proyecto de vida matrimonial se derivara del daño al proyecto de vida. Respecto a dicha cuestión surge la

¹¹¹Cfr. CABALLERO PINTO, Henry; “La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho”. *¿Está en función del daño al proyecto de vida matrimonial o es necesario que se acredite la existencia de daños físicos o psicológicos?*, en Revista Dialogo con la Jurisprudencia, vol. 15, N° 138, Lima, Marzo 2010, pp.164-172.

¹¹² Vid. F.j 70.

interrogante. ¿El daño al proyecto de vida matrimonial es un tipo específico del daño al proyecto de vida?

Para responder dicha interrogante es preciso distinguir entre el “proyecto de vida”, en singular, y los “proyectos de vida”, en plural¹¹³.

El hombre vive proyectándose, por lo tanto, hay que distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, que es radical, que compromete todo su ser, que es aquel en que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida. Obviamente, es posible que al lado de este proyecto de vida pueda existir otro que también adquiere para el ser humano una especial trascendencia.

De lo expuesto líneas arriba, se desprende que no existe identidad entre el “daño al proyecto de vida” y el denominado “daño al proyecto de vida matrimonial”. Por lo tanto, entre el “daño al proyecto de vida” y el “daño al proyecto de vida matrimonial” existen diferencias¹¹⁴. El "daño al proyecto de vida" tiene las siguientes características:

- a) El proyecto de vida es un **proyecto personal**, lo que significa que su elección responde a una íntima decisión libre de la persona surgida de una definida vocación por vivir de cierta manera y cuya realización corresponde también solo a la persona y no a los otros de quienes se requiere únicamente su cooperación.
- b) Tiene su causa y origen en un previo **daño psicosomático**.
- c) La frustración del proyecto de vida conlleva la pérdida del **sentido existencial de la persona**.

El "daño al proyecto de vida matrimonial", por el contrario, tiene las siguientes características:

¹¹³Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO; *op.cit*, p.26

¹¹⁴Cfr. CABALLERO PINTO; (*op.cit*, pp.172 y 173).

- a) El proyecto de vida matrimonial, es un **proyecto de dos personas** cuya realización se va a lograr en forma conjunta a través del matrimonio.
- b) El daño al proyecto de vida matrimonial tiene como causa la **separación de hecho de los cónyuges** imputable a uno de ellos o toda aquella situación que permita vislumbrar que uno de los cónyuges es el que resulta más beneficiado con el esfuerzo conyugal desplegado en función al proyecto de vida matrimonial truncado por la separación.
- c) La frustración del proyecto de vida matrimonial, origina una **situación desventajosa en la que queda uno de los cónyuges como consecuencia de la separación, en comparación con la situación beneficiosa en la que queda su consorte.**

Finalmente, quiero concluir señalando que el “daño al proyecto de vida” es una categoría autónoma, un daño de carácter extra patrimonial, diferente al “daño al proyecto de vida matrimonial”. El “daño al proyecto de vida”, es un daño continuo, cierto y futuro que afecta la libertad, cuerpo y *psique* de la persona con carácter singular.

Por el contrario, el “daño al proyecto de vida matrimonial”, es un daño entre los cónyuges, que no ha tenido mayor desarrollo doctrinario, pero que, el Pleno Casatorio lo deduce del “daño al proyecto de vida”.

III. El daño a la persona ¿una categoría jurídica innovadora frente a una tradición limitante?. Algunas consideraciones sobre el daño moral

El daño moral aparece en Francia. Es tomado por los legisladores franceses de la vieja idea romana de *pretium doloris* cuya traducción sería “el precio al dolor”. De esta manera, se distinguieron los daños en: daños materiales y extra patrimoniales. De esta manera, los primeros serían aquellos daños que manifiestan un perjuicio patrimonial para las víctimas, mientras que, los segundos son aquellos que

manifiestan perjuicios extra patrimoniales, es decir, aquellos no traducibles en dinero¹¹⁵.

Dentro de los daños patrimoniales, la doctrina distingue dos formas típicas que son: el daño emergente y el lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución que experimenta una persona en su patrimonio como consecuencia del evento dañoso. Mientras que, el segundo es la privación de las ganancias que deja de percibir la persona por la lesión a su patrimonio productor de renta o por la lesión a la persona que la incapacita para generar renta¹¹⁶.

Dentro de los daños extra patrimoniales tenemos: el daño a la persona y el daño moral.

FERNANDEZ ha señalado que “el daño a la persona se produce cuando se lesiona la integridad psicosomática, produciéndose daños de consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona en sí”¹¹⁷.

CARDENAS señala que resulta mejor referirse al “daño subjetivo”, esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de las expresiones “daño a la persona” o “daño personal”, que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse¹¹⁸.

Para otros autores las categorías “daño a la persona” y “daño moral” son independientes, “pues una cosa es la

¹¹⁵Cfr. VILCHES LIVIA, Dante, *Publicación del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Revista Crítica de Derecho Privado..*, ed. Grijley, N° 1, Lima, 2007, pp. 444 y 445.

¹¹⁶Cfr. PEREZ FUENTES, Guisela, *El daño moral en Iberoamérica*, ed. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006, p.191.

¹¹⁷Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, ed. Universidad de Lima, Lima, 1990, p.280.

¹¹⁸Cfr. CARDENAS QUIROS, Carlos, *“Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984”*, ed. Jurídicas, Lima, 1994, pp.118 y 119.

persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos¹¹⁹.

LEON ha criticado dichas categorías reafirmando la inutilidad del daño a la persona y de la funcionalidad del daño moral¹²⁰. En efecto, el “daño a la persona” es una denominación que no tiene el nivel de una categoría en el ordenamiento jurídico de donde, con toda seguridad, fue importada al Perú del ordenamiento italiano. Asimismo, uno de los temas más complejos dentro de nuestro sistema de responsabilidad civil es el reconocimiento del daño moral como daño resarcible.; ya sea por su propia naturaleza lo hace no indemnizable económicamente y además porque su existencia podría devenir en incierta por su difícil probanza¹²¹.

La doctrina nacional y extranjera¹²², se han pronunciado durante años sobre dicho tema; sin llegar a una posición unánime.

FERNANDEZ señala que para el Código Civil peruano, el daño moral también es susceptible de reparación en los casos de inexecución de obligaciones contractuales¹²³. En consecuencia, lo podemos encontrar en la regla establecida en el artic. 1322 CC que señala:

“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

¹¹⁹Cfr. TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, ed. Grijley, Lima, 2001, pp. 62 y 63. Esta posición ha recibido la adhesión ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2º ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p.182.

¹²⁰Cfr. LEON HILARIO, Leyser, *La Responsabilidad Civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, ed. Normas Legales, Lima, 2004, p.264.

¹²¹*Ibidem*

¹²²En la doctrina argentina. Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. 4, ed. Ediar, Buenos Aires, 1986, p.75. En la doctrina peruana vid, CHANG HERNANDEZ, Guillermo, *El daño moral y la apuesta por su presunción en Gaceta Civil & Procesal Civil*, t.7, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Enero, 2014, pp.129-141; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, ed. Universidad de Lima, Lima, 1990, pp.312 y 313.

¹²³Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO; *loc.cit.*

CHANG apuesta por la presunción del daño moral. Para este autor cualquier afectación, por mínima que sea, que atente contra nuestra persona o patrimonio, genera un sufrimiento a quien lo padece. Sin embargo, la prueba de este tipo de daño resulta de suma complejidad¹²⁴.

E criterio en la actualidad dominante para determinar el “daño moral” es el de delegar en el juez frente a cada caso concreto, fijar equitativamente el monto de la reparación en dinero de las consecuencias del “daño moral”, teniendo en cuenta la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima y su familia¹²⁵.

Soy partidario de la postura que el daño a la persona trasciende al daño moral, el daño moral se encuentra incluido dentro del daño a la persona. Por lo tanto, el daño a la persona sería el género, y el daño moral la especie, de manera que este último puede coexistir con el daño patrimonial y el daño a la persona.

Por su parte, el daño a la persona, figura importada de la doctrina italiana ha permitido una mejor sistematización de los daños que se producen en los sujetos de derecho. Para ilustrar mejor el tema propongo el siguiente ejemplo donde se haya utilizado la categoría del daño a la persona en sus distintas manifestaciones.

Nuestro sistema jurídico tiene mecanismos para la defensa del daño moral y el daño a la persona. Podemos encontrarlo en el Derecho Constitucional, a través de la Acción de Amparo, garantía regulada en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución, cuyo ámbito de protección se extiende a los derechos consagrados en la Constitución diferentes a la libertad individual y derechos conexos, la misma que señala en su artículo que el objeto de todas las acciones de garantía es reponer las cosas al estado anterior

¹²⁴Cfr. CHANG HERNANDEZ; *op.cit.*, p.129.

¹²⁵Cfr. CHANG HERNANDEZ; (*op.cit.*, p.142) en Italia, ciertos Tribunales han elaborado baremos, tarifas o tablas de infortunios a través de los cuales se logra determinar un porcentaje que, en función del daño físico o somático, se debe fijar una reparación.

de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

En el Derecho Civil, quien ha visto vulnerado sus “derechos a la persona” tiene la acción de indemnización de daños y perjuicios, acción que tendrá la vía abreviada o de conocimiento, de acuerdo al monto reparatorio que solicite.

En el Derecho Procesal Civil tenemos las Medidas Cautelares Innovativas, especialmente en los casos en que se produzca daño al honor, estas medidas constituyen instrumentos procesales a través del cual el órgano jurisdiccional adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo. Se encuentra regulada en el artículo 682 del Código Procesal Civil que señala “reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda” y justamente uno de sus ámbitos de aplicación se da ante la violación de derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz de acuerdo al artículo 686 del mismo cuerpo normativo.

Dentro del ámbito del Derecho Penal, también se protege el daño a la persona mediante a la institución de la Reparación Civil regulada en el artículo 93 del Código Penal. Incluso posibilitando la reparación del daño en la vía civil contra terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a este de acuerdo al artículo 99 del mismo cuerpo normativo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio tiene carácter mixto y da lugar a un sistema de divorcio remedio mixto, en la medida que, no se toma en cuenta el factor de atribución dolo o culpa de los cónyuges. No obstante, el mismo es considerado para el otorgamiento de la indemnización.

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

TERCERA.- La indemnización o adjudicación proveniente de la sociedad de gananciales puede obtenerse cuando la misma se solicita expresamente en el petitorio, o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi.

CUARTA.- En el Tercer Pleno Casatorio la acumulación de pretensiones es una acumulación objetiva accesoria implícita, tácita o legal, de conformidad con el último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.

QUINTA.- No existe identidad entre el daño al proyecto de vida y el daño al proyecto de vida matrimonial. El primero afecta la libertad y potencialidades del ser humano con carácter individual y tiene su origen en un daño psicosomático; mientras que el segundo es un daño ocasionado entre los cónyuges y tiene su origen en la separación de hecho.

SEXTA.- El daño moral y el daño a la persona son categorías independientes entre sí. En consecuencia, una cosa es la persona y su proyecto de vida y otra cosa son sus sentimientos y aflicciones.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO VALVERDE, Luis; "*Análisis procesal del requisito "estar al día en la obligación alimentaria" para invocar la causal de separación de hecho*", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol.14, N° 124, Enero, Lima, 2009, pp. 201-208.

ALFARO VALVERDE, Luis, "*Análisis jurisprudencial en torno a la indemnización derivada de la separación de hecho en el Perú*", *Primer Concurso de investigación jurídica de jurisprudencia nacional*, en Academia de la Magistratura, Lima, Marzo, 2009, pp. 125-135.

ALFARO VALVERDE, Luis. *La indemnización en la separación de hecho*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Garantismo Procesal*, ed. Adrus, Arequipa, 2010.

ALVAREZ MAZU, Carlos, "*Destino de las acciones de los cónyuges al divorciarse: Posición de la SMV (ex Conasev)*", en revista *Contadores & Empresas*, N° 188, Agosto, Lima, 2012, pp. 62-64.

ARIAS SCHEREIBER, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, t.7, Derecho de Familia, 3° ed, con la colaboración de Ángela ARIAS SCHREIBER y Alex PLACIDO VILCACHAHUA, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

BAQUERO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, *Derecho de familia y sucesiones*, ed. Harla S.A, México, 1994.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, *“Tenencia y patria potestad: doctrina y jurisprudencia, tenencia de los hijos y régimen de visitas como atributos de la patria potestad. Aplicación del principio del interés superior del niño”*, en revista Peruana de Jurisprudencia N° 20, vol.16, ed. Normas Legales, Lima, 2002, pp. 20-23.

BUSTAMENTE OYAGUE, Emilia; en *Código Civil Comentado*, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

CABALLERO PINTO, Henry; *“La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho”. ¿Está en función del daño al proyecto de vida matrimonial o es necesario que se acredite la existencia de daños físicos o psicológicos?*, en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, vol. 15, N° 138, Lima, Marzo, 2010, pp. 164-172.

CALDERON GAMBOA; Jorge, *“La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”*. , Dirección URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2472/13.pdf>, [fecha de consulta: 18 de abril de 2014].

CARDENAS QUIROS, Carlos, *“Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984”*, ed. Jurídicas, Lima, 1994.

CARRION LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t.2, ed. Grijley, Lima, 2000.

CASTILLO CORDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, ed. Grijley, Lima, 2008.

CASTILLO FREYRE, Mario... [et.al], Coord, Manuel Torres Carrasco; *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia: causales, proceso y garantías*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

CESPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, "Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España", en Revista Chilena de Derecho, vol.35, N° 3, 2008, pp. 439-462.

CHAVEZ 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*, ed. Ius Doctrina y Práctica, N° 11, Lima, noviembre, 2008.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho de Familia Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

CU PENSABE, Leonardo, *Pensión alimenticia, resarcitoria para la mujer cuyo trabajo doméstico no fue remunerado durante el matrimonio*, ed., Escuela Judicial del Estado de Campeche, México, Junio, 2013.

CRUZ BERDEJO, José... [et.al], *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, 2ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Ramos Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.

CHANG HERNANDEZ, Guillermo, "El daño moral y la apuesta por su presunción", en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, t.7, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Enero, 2014, pp.129-141.

DICCIONARIO de la Real Academia Española, acepciones 6 y 1.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLON BALLESTEROS, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*, t.4., ed., Tecnos, Madrid, 2006.

DIAZ CACEDA, Joel, "Los conceptos de daño a la persona y el daño al proyecto de vida en las reparaciones por violaciones a los Derechos Humanos en el Perú", Tesis para optar título profesional de abogado- PUCP, Lima, 2004.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2º ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de Responsabilidad Civil*, 5° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, ed. Instituto Americano de Derechos Humanos, San José, 2004.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, ed. Universidad de Lima, Lima, 1990.

FERNANDEZ SESSAREGO, “*El proyecto de vida y los derechos fundamentales*”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 35, Año, 12, Lima, 2002, pp. 55-65.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*.

En Dike Portal de Información y Opinión Legal- Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 34-75.

GARCIA RAMIREZ, Sergio; “*Las reparaciones en la Jurisprudencia de la CIDH*”. Dirección URL: <http://capacitación.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/6-Sergio%20Garcia%20Ramirez%20IV.pdf>, [fecha de consulta: 16 de abril de 2014].

GARCIA RUBIO, María, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

GARCIA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, ed. Palestra Editores, Lima, 2005.

GOZAINI, Osvaldo, Dirección URL: <http://ucasalvm.com.ar/derechophp/.admin/archivos/4e00f1705acbbPrincipios_Procesales.pdf>, [fecha de consulta: 26 de abril de 2014].

HINOSTROZAMINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.3, ed. Juristas Editores, Lima, 2010,

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.5, ed. Jurista Editores, Lima, 2010.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.6, ed. Jurista Editores, Lima, 2010.

HINOSTROZAMINGUEZ, Alberto, *Derecho Procesal Civil*, vol.7, ed., Juristas Editores, Lima, 2010

LACRUZ BERDEJO, José, *Derecho de Familia*, ed., José María Bosh, Barcelona, 1989-1990.

LAGOMARSINO, Carlos y URIARTE, Jorge, *Separación personal y divorcio*, 2° ed. Universidad, Buenos Aires, 1997.

LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993.

LANDA ARROYO, César, *El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República Tribunal Constitucional del Perú, y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, v.1, ed. Colección de Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia, Academia de la Magistratura, Lima, 2012.

LASARTE ALVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNANDEZ, María del Rosario, en “*Comentarios al artic. 97, en Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*”, Coord, José LACRUZ BERDEJO, ed., Civitas, Madrid, 1982

LEON HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, ed. Normas Legales, Trujillo, 2004.

LEON HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2° ed. Jurista Editores, Lima, 2007.

LEON HILARIO, Leysser; “*¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio, de cómo el daño al proyecto de vida continua inflando peligrosamente los resarcimientos!*”, en

Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 104, Año 12, Lima, Mayo, 2007, pp. 77-87.

LEON HILARIO, Leysser, *Tercer Pleno Casatorio Civil*, ed. Poder Judicial, Lima, 2010.

MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, “*Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria*”, en revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía la Ley, N° 5417, 2001, pp. 1373-1384.

MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, ed. La Ley, Madrid, 2002.

MAZZINGHI, Jorge; Derecho de Familia, t.3, ed. Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1995-1998.

MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

MIDON, Marcelo, *Derecho probatorio*, vol.1, ed. Jurídica Cuyo, Argentina, 2007.

MONROY GALVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, ed. Themis de Belaunde, Santa Fe de Bogotá, 1996.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. 4, ed. Ediar, Buenos Aires, 1986.

MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso; en *Código Civil Comentado*, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, “*Responsabilidad civil derivado del divorcio*”. Dirección URL: <[http:// castillofreyre.com](http://castillofreyre.com)>, [fecha de consulta: 16 de abril de 2013].

PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; “*El divorcio*”, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; *“Manual de Derecho de Familia”*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; *“Reforma del Régimen del régimen del decaimiento y disolución del matrimonio”*, ed. Gaceta Jurídica, 2001.

PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; *Código Civil comentado de 1984”: comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil*, vol. 2, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Las Causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*, Lima, ed. Gaceta Jurídica, Lima 2008.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *La Separación de hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*. Dirección URL: <http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF>, [fecha de consulta: 15 de abril de 2013].

PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. Dirección URL: <http://derechojusticiasociedad.blogspot.com/2009_03_01_archive.html >, [fecha de consulta: 15 de abril de 2014].

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel; *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid 1989.

PERALTA ANDIA, Javier; *Derecho de Familia en el Código Civil*, ed. Idemsa, Lima, 2002.

PERALTA ANDIA, Javier; *Derecho de Familia en el Código Civil*, 4° ed. Idemsa, Lima, 2008.

PEREZ FUENTES, Guisela, *El daño moral en Iberoamérica*, ed. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006.

PEREZ RIOS, Carlos, *La acumulación en el proceso civil peruano*, ed. Prysma, Lima, 2008.

PUIG BRUTAU, José; *Compendio de Derecho Civil*, t.4, ed. Bosch, Barcelona, 1990.

QUIROGA LEON, Aníbal, *Los precedentes vinculantes: del Tribunal Constitucional. Código Procesal Constitucional: comentarios doctrinados, estudios jurisprudenciales, Jurisprudencia, cuadro detallado de cada sentencia, índice analítico*, coord. Oscar PEÑA GONZALES, ed. Lince, 2012.

RAMOS NUÑEZ, Carlos; *“Acerca del Divorcio”*, ed. Espinal, Lima, 1990.

RIOJA BERMUDEZ, Alexander, *El Nuevo Proceso Civil*, ed. Adrus, Lima, 2011.

RIVERO DE ARHANCET, Mabel... [et al.], *Derecho y Familia*, ed. F.C.U, Montevideo, 2004.

SANTAMARIA PASTOR, Juan, *Principios del Derecho Administrativo*, vol. 1, 3° ed. Central de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

SAVATIER, René, *El realismo y el idealismo en el derecho civil de hoy*, t.1, ed., Biblioteca General de la ley y la jurisprudencia, Paris.

TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, ed. Grijley, Lima, 2001.

TANTALEAN ODAR, Reynaldo; *“Algunas cuestiones periféricas” en el Tercer Pleno Casatorio Civil*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 176, N° 6, Lima, Mayo, 2013, pp. 48-58.

TANZI, Silvia y PAPILLU, Juan, *“Daños y perjuicios derivados del divorcio” (doctrina y jurisprudencia en Argentina)*, en *Revista chilena de Derecho Privado* N° 16, ed. Fundación Fernando FueyoLaneri, Santiago, Julio, 2011, pp. 135-161.

TAYA RUTTI, Patricia; en Código Civil Comentado, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

TORRES CARRASCO, Manuel; *La Separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio*, t.92., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001., pp.77-80.

TORRERO MUÑOZ, Magdalena, *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, ed. Práctica de Derecho, Valencia, 1999.

UMPIRE NOGALES, Eulogio, “*El Divorcio y sus causales*”, ed. Lej, Lima, 2001.

VARSÍ ROSPIGLIOS, Enrique, *Los derechos de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos FERNANDEZ SESSAREGO*, en Jurídica, Suplemento de análisis legal del diario oficial “El Peruano”, Año 3, Lima, Enero, 2007.

VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique; *Tratado de Derecho de Familia: la nueva teoría jurídica e institucional de la familia*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

VELASQUEZ GOMEZ, Juan, *Procesos Civiles de Conocimiento*, 2° ed. Temis Librería, Bogotá, 1984.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, “*La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil en el Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio*”, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

VILCHES LIVIA, Dante, *Publicación del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, en Revista Crítica de Derecho Privado , ed. Grijley, N° 1, Lima, 2007, pp. 441-454.

VILELA CARBAJAL, Karla, “*Revisión en Casación de vicio de nulidad procesal por incongruencia extra petita*”, en revista Ius Jurisprudencia, N° 8, Agosto, 2008, pp. 93-108.

WEIL, Alex y TERRE, Francois, *Droit Civil, Les Personnes*, Dalloz, Paris, 1983.

ZAVALA DE GONZALES, Matilde; “*Daños a proyectos de vida*” en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, ed. La Ley, Año 7, N° 4, Abril, 2005, pp. 3-6.

INDICE DE SENTENCIAS.

1. De la Corte Suprema.

Cas. N° 1120-2002-Puno.

Cas. N° 1406-2005- Lima.

Cas N° 1782-2005-Lima

Cas. N° 0049-2006-Lima

Cas. N° 1183-2006-Lima.

Cas. N° 3362-2006-Puno.

Cas. N° 4921-2008-Lima

Cas. N° 5106-2009-Lima.

Cas. N° 5512-2009-Puno.

Cas N° 0207-2010-Lima

Cas. N° 1585-2010-Lima.

Cas. N° 2602-2010-Arequipa.

Cas. N° 4664-2010-Puno.

Cas. N° 01215-2011-Lima

2. Del Tribunal Constitucional.

STC N° 0282-2004/AA/TC.