

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



*Informe jurídico sobre la Casación N° 4664-2010-Puno, Tercer Pleno Casatorio
Civil*

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que
presenta:

ADRIANA ALEXANDRA ALVARADO DE LA CRUZ

ASESOR: CHRISTIAN ALEX DELGADO SUÁREZ


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, DELGADO SUAREZ, CHRISTIAN ALEX, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Casación N° 4664-2010-Puno", del autor ALVARADO DE LA CRUZ, ADRIANA ALEXANDRA dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin del 19 de julio del 2025.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de julio del 2025

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: DELGADO SUAREZ, CHRISTIAN ALEX	
DNI: 43239743	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5629-8609	

RESUMEN

El Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno) es un precedente fundamental para el Derecho de Familia porque aborda la causal de divorcio por separación de hecho y la indemnización al cónyuge que se vea más perjudicado. El trabajo analiza si la flexibilización de principios procesales en procesos de familia modifica la normativa procesal vigente, concluyendo que esta es necesaria para garantizar la tutela efectiva. Asimismo, se habla de la naturaleza de la indemnización establecida en el artículo 345-A del Código Civil, resaltando que es una medida para compensar el desequilibrio que sufre el cónyuge culpable, mas no una reparación civil. Además, se sostiene que el Pleno refuerza la protección del cónyuge vulnerable, pero puede existir posibles barreras procesales por los requisitos que esta exige. Finalmente, se propone la necesidad de un Código Procesal de Familia que adecue por especificidad y adecuación del derecho material las normas procesales generales.

Palabras clave

Derecho de familia. Derecho procesal. Separación de hecho. Cónyuge perjudicado. Flexibilización procesal. Indemnización.

ABSTRACT

The Third Civil Precedent of the Supreme Court of Peru (Cassation No. 4664-2010-Puno) is a fundamental precedent for Family Law, as it addresses divorce due to separation and compensation for the more disadvantaged spouse. The study examines whether the flexibility of procedural principles in family law cases modifies existing procedural regulations, concluding that such flexibility is necessary to ensure effective legal protection. Additionally, it discusses the nature of compensation under Article 345-A of the Peruvian Civil Code, emphasizing that it serves as a measure to offset the imbalance suffered by the disadvantaged spouse rather than constituting civil liability. Furthermore, it argues that while the Precedent strengthens protections for vulnerable spouses, potential procedural barriers may arise due to its requirements. Finally, the study propose the creation of a Procedural Family Code to unify dispersed procedural regulations.

Keywords

Family law, procedural law, de facto separation, disadvantaged spouse, procedural flexibility, compensation.

ÍNDICE

Contenido	
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Justificación de la elección de la resolución	5
1.2. Presentación del caso y del análisis	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	9
2.1. Antecedentes	9
2.2. Hechos relevantes del caso	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	14
3.1. Problema principal	14
3.2. Problemas secundarios	14
3.2.1. Primer problema secundario: ¿La separación de hecho por más de cuatro años es causal suficiente de divorcio?	14
3.2.2. Segundo problema secundario: ¿Los principios procesales (congruencia, preclusión, eventualidad) deben flexibilizarse en procesos de familia para proteger al cónyuge más perjudicado?	14
3.2.3. Tercer problema secundario: ¿Cómo se valora el daño moral en ausencia de pruebas de adulterio, pero con evidencias de violencia y abandono?	14
IV. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL	14
4.1. Fundamentos normativos:	14
4.2.1 Constitución Política del Perú:	14
4.2.2 Código Civil:	15
4.2.3 Código Procesal Civil	15
4.2.4 Ley N° 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio	15
4.3. Jurisprudencia relevante:	15
4.4. Conceptos clave:	16
V. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	16
5.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	17
5.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	18
VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	20
VII. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	37
BIBLIOGRAFÍA	40
ANEXOS	

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

Número de expediente	Casación N° 4664-2010-Puno
Áreas del derecho sobre las cuales versa el contenido del caso	Derecho procesal y Derecho de familia
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Tercer Pleno Casatorio Civil
Demandante	René Huaquipaco Hanco
Demandado	Catalina Ortiz Velazco
Instancia administrativa o jurisdiccional	Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia Del Perú
Terceros	No aplicable
Otros	<p>Cabe analizar que, aunque el Estado Social de Derecho garantiza la protección de grupos sociales vulnerables y promueve la justicia social; y, en consecuencia, hay flexibilidad de principios procesales, ¿esto en alguna medida afecta el derecho procesal?</p> <p>En esa línea, es importante considerar si es que la flexibilidad procesal va contra otros principios o, si, por lo contrario, no existe una afectación a los demás principios procesales en consideración a la vulnerabilidad que existe dentro de los procesos de familia, haciendo que el proceso no sea neutro.</p>

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

A lo largo de los años, la sociedad ha experimentado una serie de transformaciones que han hecho que se reconozca la importancia del Derecho de Familia. Esta rama del derecho ha evolucionado en respuesta a las nuevas exigencias de la sociedad, creando la necesidad de desarrollar mecanismos de protección a las familias, tanto desde el ámbito sustantivo, cuanto procesal.

En ese contexto, es importante traer a mención a dos de las instituciones centrales, entrelazadas entre sí, pero con características particulares, del Derecho de Familia como son el matrimonio y el divorcio. Por un lado, el matrimonio, según Girgis, George y Anderson refiere a la unión entre un hombre y una mujer que se consolida mediante un compromiso que alcanza su plenitud natural con la procreación y crianza compartida de los hijos. Los cónyuges ratifican y revitalizan el vínculo a través de los actos relacionados al proceso reproductivo (2020).

Por otro lado, el divorcio, es una figura legal que disuelve el matrimonio cuando uno o ambos cónyuges lo solicitan, cumpliendo con las causales establecidas por ley¹. No solo refiere a la disolución definitiva del vínculo, sino que incluye la eliminación de obligaciones como la convivencia y apoyo mutuo y la liquidación de los bienes compartidos ².

Es así como el divorcio no sólo marca el fin del vínculo matrimonial, sino que inicia un conjunto de consecuencias que deben ser reguladas por un proceso particular. En ese sentido, se puede hablar de los procesos de familia y sus características particulares ya que cuenta con principios propios. La aplicación flexible de estos principios, en casos de divorcio, es un mecanismo importante para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge vulnerable, sin que ello implique vulnerar las garantías del debido proceso.

La Casación N° 4664-2010-Puno, resuelta por el Pleno Casatorio materia de análisis, emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú, es un precedente de

¹ Casación N° 1358-05-Lima, 30 de octubre de 2006.

² Casación N° 2239-2001-Lima, 31 de enero de 2003.

relevancia en el derecho procesal de familia, específicamente en la interpretación de normas de divorcio y la indemnización al cónyuge vulnerable.

Esta jurisprudencia no solo determina cómo un juez debe evaluar la indemnización al cónyuge que se ve más perjudicado tras la disolución del vínculo matrimonial, sino que habla de la existencia de la justicia social y el apoyo al sector desfavorecido. Asimismo, desarrolla que, con relación a la indemnización por daño moral, éste debe ser establecido con equidad de modo que no implique “un cambio de vida” a través de un enriquecimiento ilícito ya que todo debe ser acorde al caso concreto.

En esa línea, el Pleno se considera importante por dos razones. Por un lado, la relevancia social que trae el desarrollo de la protección al cónyuge vulnerable y su consecuente indemnización, siendo que dentro de la sociedad es la mujer, en su mayoría, quien se queda en situación de desventaja, reconociendo así también la necesidad de protección a las mujeres.

Por otro lado, existe una relevancia jurídica dentro del ámbito procesal ya que no solo se ha establecido la relevancia de identificar las condiciones de desigualdad, sino que se ha establecido que existen precisiones sobre la flexibilización de los principios del derecho procesal civil cuando se trata de materia de familia. El Pleno reconoció que principios como la congruencia, preclusión y eventualidad deben aplicarse con mayor flexibilidad en estos procesos, permitiendo al juez integrar pretensiones accesorias.

Sin embargo, el debate central se encuentra en los límites de la flexibilización procesal. Mientras que el Estado Constitucional de Derecho busca proteger los sectores vulnerables y la necesidad de tutelar sus derechos, cabe preguntarse: *¿hasta qué punto la flexibilidad puede ser permitida sin que afecte los demás principios procesales?*

La flexibilización debe darse dentro de un marco que respete el debido proceso; por ello, el presente trabajo no solo examina la figura del cónyuge perjudicado y la aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil desde su publicación, sino que analiza si estas reglas vinculantes establecidas por el mencionado pleno, afectan de alguna manera la normativa procesal vigente y su relación con el Derecho de Familia.

En virtud de todo ello, se puede destacar la ductilidad de los principios procesales en el ámbito del Derecho de Familia no solo resulta válida, sino necesaria para garantizar una tutela efectiva de los derechos, especialmente cuando uno de los cónyuges se encuentra en situación de vulnerabilidad. Esta adaptación de los principios procesales permite salvaguardar los intereses de las partes más débiles sin afectar las garantías fundamentales del debido proceso, logrando así un equilibrio entre agilidad procedimental y seguridad jurídica.

En cuanto al divorcio por causal de separación de hecho, se concluye que esta causal únicamente requiere la acreditación del plazo legal establecido, sin que sea necesario demostrar la culpa o responsabilidad de alguno de los cónyuges. Este enfoque se centra en la situación fáctica más que en el aspecto subjetivo.

Por otro lado, la indemnización en estos casos no constituye una figura de responsabilidad civil, sino que surge como una medida de protección al cónyuge económicamente vulnerable. Para establecerla, se deben considerar elementos como el daño moral, la situación económica del afectado y el contexto particular del caso, buscando compensar las desventajas generadas por la disolución del matrimonio.

A modo de reflexión, el análisis de la jurisprudencia, incluyendo el *Tercer Pleno Casatorio Civil*, evidencia la necesidad de modernizar el marco normativo del Derecho de Familia en Perú. La dispersión actual de las normas entre el Código Civil, leyes especiales y fallos judiciales justifica la creación de un Código Procesal de Familia, que permita sistematizar y actualizar la legislación en esta materia, facilitando el acceso a la justicia.

1.2. Presentación del caso y del análisis

El Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010, Puno) es un hito jurisprudencial en el derecho de familia al establecer la flexibilización de principios procesales y criterios vinculantes sobre el divorcio por causal de separación de hecho. Este Pleno dio una mejor visión respecto a lo establecido en el artículo 345-A del Código Civil (1984)³; es decir, proporciona una

³ **“Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio**

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

interpretación concreta respecto a las dudas generadas por la naturaleza de la indemnización y su procedencia.

El problema principal analizado es si las reglas vinculantes contenidas en el III Pleno Casatorio Civil extralimitan, modifican o si varían normas procesales de origen legislativo al flexibilizar los principios de congruencia, preclusión y eventualidad. Como problemas secundarios, se plantean: (a) si la separación de hecho es causal de divorcio tras el plazo de cuatro años ininterrumpidos, (b) si los principios procesales de congruencia, preclusión y eventualidad deben obligatoriamente flexibilizarse en los procesos de familia para proteger al cónyuge más perjudicado y (c) el cómo se valora el daño moral en ausencia de pruebas de adulterio, pero con evidencias de violencia y abandono.

El análisis por desarrollar sostiene que el Pleno es un avance necesario y óptimo para el entendimiento de la causal de divorcio por separación de hecho y la subsecuente existencia de un cónyuge perjudicado; así como la importancia de la flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad cuando se trata del derecho de familia. Esta indemnización, que puede ser en dinero o asignación preferente de bienes del matrimonio, puede también convertirse en barrera injustificada en casos especiales por el requisito de acreditar pensiones alimentarias. Por ello, el análisis no solo se centra en las ventajas del III Pleno Casatorio Civil, sino que analiza cada una de las figuras que forman parte del divorcio por separación de hecho.

Para ello, el análisis se basa en (a) el artículo 333 (causales de divorcio) y 345-A (indemnización) del Código Civil; (b) Código Procesal Civil; (c) jurisprudencia nacional y comparada; y (d) doctrina especializada.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

Tras la introducción y planteamiento inicial del trabajo, cabe identificar los hechos relevantes fijados por el III Pleno Casatorio Civil, así como lo petitionado por las partes. Ello para que se pueda entender la base de los fundamentos establecidos por el Pleno.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos (...).

2.1. Antecedentes

Catalina Ortiz Velazco y René Huaquioaco Hanco iniciaron su convivencia en 1980 y contrajeron matrimonio el 06 de diciembre de 1989 en la Municipalidad Provincial de Juliaca. De esta relación nacieron cuatro hijos: Adán (15 de febrero de 1981), James René (30 de julio de 1986), Robert (15 de abril de 1989) y Mirian (31 de julio de 1991).

Durante el matrimonio, Huaquioaco Hanco fue a estudiar docencia en Juliaca y Ortiz Velazco le enviaba dinero para sus estudios, sosteniéndolo económicamente para su manutención, mientras ella continuó trabajando en la chacra y sostener el hogar.

Ortiz menciona que cuando quiso visitar en varias ocasiones al demandante en Juliaca, este se lo prohibía. Sin embargo, cuando el demandante obtuvo su primer empleo en la Escuela de Huancho, en 1995, ella fue a visitarlo. Al demandante, ello le pareció inoportuno y llegó al extremo de agredir hasta inconsciente, tal como se corroboró con los medios probatorios y la denuncia de maltrato. Posteriormente, en diciembre de 1995, las partes firmaron el Acta de Compromiso y Desistimiento de fecha de 27 de diciembre de 1995.

Las partes se separaron en 1997, sin embargo, René afirmó haber cumplido con sus obligaciones alimentarias mediante un descuento del 50% de sus ingresos. Asimismo, Ortiz inicia una demanda de alimentos contenida en el Expediente N° 177-1997, que fue seguida ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que dictaminó un descuento del 50% de los ingresos del demandante a favor de su ex esposa e hijos.

2.2. Hechos relevantes del caso

Actos postulatorios de las partes

René Huaquioaco Hanco presentó una demanda contra Catalina Ortiz Velazco (en adelante “la demandada”), formulando las siguientes pretensiones:

- **Pretensión principal:** Que se declare judicialmente el divorcio en virtud de la causal de separación de hecho por más de dos años, con

la consecuente suspensión de los deberes conyugales relativos al lecho, habitación y fidelidad.

- **Pretensión accesorio:** Que se exista un régimen de visitas a favor del demandante para mantener relación con sus dos hijos menores, Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Contestación

La demandada, en su escrito, confirma que convivió con el demandante desde el año 1980 y que, en búsqueda de un mejor futuro para su familia, le solicitó que estudiara una carrera profesional, mientras ella se encargaba del sostenimiento económico del hogar a través de la agricultura.

En esa línea, el demandante ingresó a estudiar docencia en Juliaca mientras la demandada enviaba periódicamente una suma de dinero para su manutención. Asimismo, señala que el Huaquipaco incumplió con su deber de fidelidad conyugal, lo que la llevó a interponer una demanda de alimentos, registrada en el Expediente N° 177-1997.

La demandada afirma que el demandante no tuvo mayor interés en ninguno de sus cuatro hijos, siendo ella quien se dedicó exclusivamente al cuidado, educación y crianza de los menores.

Reconvención

La demandada interpuso una reconvención con la finalidad de que el demandante sea condenado a indemnizar por daño moral y personal. En consecuencia, que se le pague, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, la suma de S/ 250,000.00 (doscientos cincuenta mil con 00/100 soles).

Como base de su pretensión, la demandada manifiesta que enviaba dinero a su esposo para solventar sus estudios y a modo de manutención. Sin embargo, el demandante, estando lejos, la amenazaba diciendo que iba a dejarla y le afirmaba que existían otras mujeres dispuestas a realizar lo mismo que ella.

Asimismo, cuando la demandada intentó viajar a Juliaca para visitarlo, el demandante se lo prohibía. En una oportunidad, al visitarlo, la golpeó hasta dejarla inconsciente, siendo auxiliada por profesores, lo cual se encuentra

establecido mediante certificado médico. Agrega que los maltratos físicos eran recurrentes e incluso su hijo mayor fue agredido por el demandante.

En cuanto a los bienes del matrimonio, afirma que estos fueron vendidos por el demandante, quien además se llevó la suma de US \$6,000.00 (seis mil con 00/100 dólares), dejándola sin recursos económicos.

Finalmente, sostiene que el demandante la abandonó por otra mujer y reitera que no mantiene contacto con sus hijos ni los visita.

Resolución de Primera Instancia

Con fecha 29 de enero de 2009, la sentencia declara fundada la demanda por divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, se disuelve el vínculo matrimonial. Asimismo, se declara fundada la pretensión de régimen de visitas, autorizando al demandante que pueda visitar a sus menores hijos cada sábado. Respecto a la reconvención sobre indemnización, se ordena que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/. 10,000.00 (Diez mil con 00/100 soles).

En esa línea, la sentencia establece que el matrimonio se encontraba separado por un plazo ininterrumpido de cuatro años según lo que consta en los diversos escritos presentados por ambas partes, así como en las declaraciones testimoniales.

Asimismo, se establece en la sentencia que debe culminar el régimen de sociedad de gananciales al ser efecto de la disolución del vínculo matrimonial, según el Código Civil, considerando que ambas partes han manifestado que no poseen ningún bien ni patrimonio en común.

Respecto a la reconvención, la sentencia señala que la demandada ha sufrido daño moral a consecuencia de la separación.

Además, se establece que el demandante:

- i. Aceptó apoyo económico por parte de su cónyuge.
- ii. Promovió actos de violencia física en afectación contra la demandada.

- iii. Rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada y sus hijos.
- iv. Inició el proceso judicial de divorcio de manera voluntaria y consciente.

Por lo tanto, es innegable que con el accionar del demandante se han quebrantado los deberes ligados al matrimonio, específicamente los de asistencia y vida en común.

Resolución de Segunda Instancia

Ambas partes interpusieron recurso de apelación respecto del punto de la sentencia que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización por daño moral. Ante ello, con fecha 22 de septiembre de 2010, la Sala Superior confirmó la apelada, revocó el punto que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas y declaró el fin del derecho de la demandada a mantener el apellido Huaiquipo, así como que ninguna de las partes era apta de recibir herencia entre sí.

En la sentencia, fijó que la demandada se encontraba bajo la figura de “cónyuge perjudicada”, ya que no fue el móvil la separación de hecho y cumplió con los deberes matrimoniales, establecidos por la norma, durante el período de convivencia. Asimismo, se señala que los testigos reafirmaron la separación por un plazo mayor de cuatro años, y que fue la demandada quien se hizo cargo de los gastos del hogar y gastos de manutención para que el demandante obtuviera su título profesional.

Ello no solo evidencia la calidad de cónyuge inocente, sino que permite determinar una indemnización. Es así como la Sala establece que sí corresponde buscar y velar por la estabilidad económica de la demandada y fijar una indemnización.

Casación

El demandante, interpuso recurso de casación contra el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre la indemnización interpuesta por la demandada bajo el argumento de que no se ha aplicado correctamente el artículo 345-A del Código Civil siendo que la reconvencción de daños y perjuicios se sustenta en la

presunta infidelidad con otra mujer, lo cual no había sido probado por la demandada. Ante ello, el 18 de marzo de 2011, se expidió el Pleno Casatorio Civil que declara infundado el recurso de casación.

La Corte establece pautas para interpretar y flexibilizar criterios en estos procesos, destacando la importancia del Estado social y democrático de derecho, que exige una tutela jurisdiccional, reafirmando el rol garantista del sistema judicial, y reconoce a la familia como una institución protegida.

Asimismo, establecen que el divorcio por separación de hecho se configura como un "divorcio remedio", donde no se requiere culpa, sino la comprobación de la separación por un tiempo determinado. Sin embargo, para establecer la indemnización, se evalúa el perjuicio económico y moral del cónyuge más afectado, siendo la indemnización un pago único o la asignación preferente de bienes que posea el matrimonio como la sociedad.

Voto singular del Señor Juez Supremo Ramiro de Valdivia Cano

En conformidad con el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con fecha 18 de marzo de 2011, el Juez Supremo suscribe un voto singular.

El magistrado enfatizó que, más allá de los argumentos expuestos en la Casación, en los procesos de familia los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas. Esta facultad les permite la flexibilización de los principios y normas procesales tradicionales, en virtud de la protección familiar que establece la constitución, tales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros.

Además, señala que, en los diversos procesos de divorcio y separación de cuerpos, los jueces tienen el deber de ejercer su rol tuitivo respecto a la estabilidad económica del cónyuge que se haya visto más afectado, así como la de los hijos, aun cuando ello no haya sido establecido como petitorio en la demanda, reconvenido ni solicitado por alguna de las partes. En ese sentido, afirma que los jueces deben determinar con criterio de conciencia una indemnización, cuando se advierta que uno de los cónyuges ha incumplido sus deberes familiares, generando perjuicio al otro.

En esa línea, declara infundado el recurso de casación.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Considerando los antecedentes del caso, se puede establecer que el Tercer Pleno Casatorio a analizar permite que se formulen algunos cuestionamientos respecto a la flexibilización de los principios del proceso de familia y su vinculación con la normativa procesal general. En virtud de ello, los problemas son los siguientes:

3.1. Problema principal

¿Las reglas vinculantes contenidas en el III Pleno Casatorio Civil extralimitan, modifican o varían normas vigentes procesales de origen legislativo?

3.2. Problemas secundarios

3.2.1. Primer problema secundario: ¿La separación de hecho por más de cuatro años es causal suficiente de divorcio?

3.2.2. Segundo problema secundario: ¿Los principios procesales de congruencia, preclusión y eventualidad deben flexibilizarse en procesos de familia para proteger al cónyuge más perjudicado?

3.2.3. Tercer problema secundario: ¿Cómo se valora el daño moral en ausencia de pruebas de adulterio, pero con evidencias de violencia y abandono?

IV. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL

4.1. Fundamentos normativos:

IV.2.1 **Constitución Política del Perú:** La Constitución en su artículo 4° establece que una de las funciones del Estado es proteger a la familia, reconociéndose como una institución base de la sociedad. Asimismo, resalta la necesidad de protección especial a los grupos vulnerables en situación de abandono como los niños, adolescentes, madres y ancianos.

IV.2.2 **Código Civil:** El Código Civil regula las definiciones y efectos del matrimonio, divorcio e indemnización en caso de cónyuge perjudicado. En el Libro III, se regula específicamente:

IV.2.2.1 Los efectos del matrimonio

IV.2.2.2 Las causales de divorcio

IV.2.2.3 El régimen de indemnización al cónyuge perjudicado que está contenido en el Código Civil, específicamente en el artículo 345-A.

IV.2.3 **Código Procesal Civil:** Establece los mecanismos para materializar la protección de la tutela jurisdiccional efectiva, garantizando un proceso justo en el contexto del Derecho de Familia. Asimismo, contiene los principios procesales aplicables dentro del presente trabajo:

IV.2.3.1 Congruencia, que relaciona la decisión del juez con lo solicitado por las partes.

IV.2.3.2 Preclusión, que establece el orden de los actos procesales.

IV.2.3.3 Eventualidad, que obliga a las partes a ejercer sus derechos en el momento indicado.

IV.2.4 **Ley N° 27495, Ley que Incorpora la Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio:** La Ley incorpora la separación de hecho como causal de divorcio, modificando el artículo 333 del Código Civil.

4.3. Jurisprudencia relevante:

4.3.1. El III Pleno Casatorio Civil constituye un hito jurisprudencial en el ámbito del derecho procesal de familia, particularmente en lo relacionado a la interpretación de la causal de divorcio por separación de hecho y su efecto indemnizatorio a favor del cónyuge más afectado. Este precedente:

4.3.1.1. Estableció pautas para la protección del cónyuge que sea mayor afectado con la disolución del vínculo matrimonial.

4.3.1.2. Desarrolló la flexibilización de los principios procesales en los casos de Derecho de familia.

4.4. Conceptos clave:

4.4.1. Principios Procesales

4.4.1.1. *Congruencia:* Solicita que el juez se pronuncie y emita el fallo judicial dentro de los límites de lo solicitado y alegado por las partes, por lo que tiene relación al derecho de defensa, principio de contradicción y al debido proceso (Beltrán, 2011).

4.4.1.2. *Preclusión*: Establece la secuencia que debe seguir el correcto desarrollo del trámite procesal, evitando que se den actos procesales repetitivos (Beltrán, 2011).

4.4.1.3. *Eventualidad*: Obliga a las partes a aprovechar las facultades procesales en la ocasión oportuna (Beltrán, 2011).

4.4.2. Causales de Divorcio

4.4.2.1. *Divorcio por separación de hecho*: Es una causal de divorcio que requiere dos años de separación continua, o cuatro en caso de que haya hijos menores de edad, según el artículo 333.12 del Código Civil.

4.4.2.2. *Divorcio por abandono de hogar*: Es una causal de divorcio que refiere al abandono injustificado del lugar establecido como hogar conyugal, con intención de evitar sus deberes matrimoniales, por un periodo superior a dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este tiempo, según lo establecido el artículo 333.5 del Código Civil.

V. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

El Tercer Pleno Casatorio ofrece una jurisprudencia vinculante y de importancia para el Derecho de Familia al reconocer la separación de hecho como causal suficiente de divorcio y flexibilizar los principios procesales para proteger al cónyuge más vulnerable, sin modificar el marco normativo procesal vigente. Además, establece que la indemnización requiere que el juez evalúe los diversos factores que se relacionan con la situación del cónyuge más afectado, sin ser establecido como una responsabilidad civil. Si bien la flexibilización procesal es necesaria para garantizar tutela jurisdiccional efectiva, esta debe ser balanceada con la debida consideración al derecho de defensa y contradicción de modo que exista seguridad jurídica. Por todo ello, el Pleno marca un precedente importante para adaptar el derecho a las necesidades del Derecho de Familia.

5.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

El análisis del III Pleno Casatorio Civil establece que las reglas vinculantes no Civil no modifican ninguna normativa procesal vigente en la medida de que el

Poder Judicial carece de potestad legislativa. Sin embargo, cabe resaltar que el Pleno no solo es una interpretación jurisprudencial vinculante y de importancia por ser un Pleno per se, sino que es de importancia porque permite la flexibilización y ampliación de ciertos principios procesales dentro del Derecho de Familia en búsqueda de la protección familiar, sin modificar el marco procesal vigente, sino precisando el alcance que estos principios poseen.

Ante ello, y respecto a la causal de divorcio materia de análisis, el Pleno reafirma lo establecido en el Código Civil, confirmando la suficiencia de esta causal, siempre que se acredite efectivamente la ruptura de la convivencia. Es decir que cuando se acredita la ruptura de la convivencia por el plazo de dos años, establecido por ley, o cuatro años en caso de que el matrimonio tenga hijos menores de edad.

Esta causal tiene como objetivo el reconocimiento de la imposibilidad de continuar con la vida en común; es decir, reconocer la ruptura irreparable del vínculo matrimonial, evitando su prolongación. Es así como el Pleno se detiene a enfatizar en la necesidad de analizar las consecuencias jurídicas de la separación para el cónyuge en situación de desventaja, reforzando la protección del más vulnerable en este tipo de procesos.

En cuanto a la flexibilización de los principios procesales, el Pleno afirma que si bien la congruencia, preclusión y eventualidad garantizan orden, seguridad jurídica y economía procesal, estos no pueden ser aplicados de manera rígida en los procesos de familia. Estos principios deben interpretarse con flexibilidad para que el juez cumpla con su deber tuitivo y vele por el interés superior de los más vulnerables.

Respecto a la valoración del daño moral, el Pleno señala que este no requiere necesariamente la prueba directa del adulterio para ser acreditado. Para acreditar que existe un cónyuge que se ha visto más afectado tras la disolución del vínculo matrimonial, el juez debe tomar en consideración no solo la violencia psicológica, maltrato físico o abandono emocional, sino que debe tomar en cuenta todo el contexto en el que se encuentra la persona. Desde el momento en que, en caso sea así, se haya dedicado exclusivamente al hogar, hasta el nivel de afectación económica que sufre post separación. Este enfoque y

obligación del juez permite que se proteja de mejor manera al cónyuge perjudicado, especialmente cuando no existe adulterio, pero sí violencia.

Es así como en línea del Pleno Casatorio, se puede observar que, a la demandada, como cónyuge más afectada por la disolución del vínculo matrimonial, se le otorga una indemnización por el daño moral derivado del daño hecho por la separación y las conductas del demandante. Por ello, se establece que no necesariamente debe existir adulterio para determinar la existencia del cónyuge más perjudicado, de modo que la indemnización busca compensar el daño sufrido y no implica una reparación civil.

5.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

A manera personal, comparto con el fallo en cuanto se reconoce la separación de hecho como causal de divorcio, pues la flexibilización de los principios procesales resulta necesaria en cuanto debe primar la protección de los sujetos en situación de vulnerabilidad.

En el Derecho de Familia, los procesos como el divorcio, alimentos, filiación y violencia familiar requieren que el juez posea facultades tuitivas (Gozaíni, 2024). La naturaleza de los procesos de familia, en virtud de lo establecido en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, demuestran la importancia de la flexibilización de principios, así como la importancia de la protección que se le debe otorgar no solo a quien se ve más afectado, sino a todos los integrantes del grupo familiar.

Si bien estoy de acuerdo con el Pleno y la necesidad de establecer esta flexibilización a modo de protección de la familia y los más perjudicados, es importante que se analice y se entienda que la indemnización, monetaria o en bienes, que se le otorga al cónyuge que se ve más afectado no es una indemnización de carácter de responsabilidad civil, sino es una forma de cuidar económicamente la estabilidad de quien se ha visto más afectado tras la disolución del vínculo matrimonial.

El artículo 345-A del Código Civil (1984), regula la indemnización al cónyuge más perjudicado. Este artículo presenta deficiencias e imprecisiones en su redacción, lo que ha llevado a que existan interpretaciones contradictorias sobre la obligación de los jueces de proteger la estabilidad económica del cónyuge que

resulte perjudicado ya que no existe una diferenciación entre indemnización y resarcimiento (Hurtado, 2011).

El Pleno, establece que la indemnización tiene naturaleza de obligación legal y que tiene su base en los principios de equidad y la solidaridad familiar, mas no en la responsabilidad civil (Hurtado, 2011). En esa línea, para poder establecer la indemnización, el juez debe considerar el grado de afectación emocional, la tenencia y custodia de los hijos menores de edad, si el cónyuge tuvo que realizar una demanda de alimentos para él o sus hijos menores de edad debido al incumplimiento del cónyuge obligado, si se encuentra en una situación económica de desventaja a comparación del otro cónyuge, entre otros elementos. Ello de modo que pueda establecer la indemnización a modo de dinero o en adjudicación preferente de bienes del matrimonio.

Entonces, la posibilidad de que el juez fije de oficio una indemnización en procesos de familia representa una aplicación concreta de la flexibilización del principio de congruencia, necesaria para garantizar una protección efectiva a los miembros vulnerables de la familia. Sin embargo, esta facultad no es absoluta y debe ejercerse dentro de un marco que respete el derecho de defensa y contradicción de las partes.

Finalmente, aunque el Tercer Pleno Casatorio Civil representa un avance en el Derecho de Familia, es importante entender la debida aplicación de la indemnización del cónyuge más perjudicado sin ignorar los derechos de defensa y contradicción que posee la otra parte, de modo que exista una decisión justa para ambas partes. En definitiva, el Pleno es un precedente vinculante importante para adaptar el proceso judicial a las necesidades y situaciones correspondientes al Derecho de Familia, equilibrando la flexibilidad judicial y la seguridad jurídica.

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

El análisis del Tercer Pleno Casatorio y específicamente la separación de hecho como causal de divorcio debe iniciarse con una comprensión de la naturaleza del matrimonio. En el sistema legal del Perú, el matrimonio es una institución jurídico-social, reconocida expresamente por el artículo 4° de la Constitución

Política, como la base de la familia. Esta institución, que es el punto de partida para poder hablar de divorcio, presenta una naturaleza que puede tener tres dimensiones: (i) como unión entre hombre y mujer con efectos jurídicos; (ii) como proyecto de vida en común orientado a la formación de una familia; y (iii) en su vertiente sacramental.

En ese marco, Girgis, George y Anderson sostienen que el matrimonio puede entenderse desde dos aristas. Por un lado, desde una visión tradicional plantean que es una unión entre un hombre y una mujer quienes contraen un compromiso el cual está relacionado a la crianza de niños y la procreación. Por otro lado, plantean que puede entenderse como dos personas que se aman románticamente y que tienen un proyecto de vida en conjunto (2020).

Ahora, la Constitución Política del Perú establece en su artículo 4° la protección a la familia, reconociendo su rol como institución natural y fundamental de la sociedad.

Sin embargo, es importante reconocer que este vínculo puede ser disuelto por decisión de uno o ambos cónyuges, a través de un proceso judicial, al caer en el supuesto de alguna de las causales establecidas por la ley, de modo que se pone un fin a las obligaciones y deberes conyugales que asumió el matrimonio y que son establecidos por el Código Civil (Varsi, 2007).

Es decir, el divorcio también es una institución que es entendida como la disolución, de manera definitiva, de un matrimonio válido; es decir, de la ruptura definitiva de un vínculo. Cabe resaltar que ello es diferente a la definición y actuación de la figura de la separación de hecho, la cual se tratará más adelante.

Esta institución ha sido clasificada en dos clases: (i) divorcio-sanción y (ii) divorcio-remedio. El primero, en líneas generales, implica el remedio a la ruptura irreversible, no a un castigo, de modo que equilibra intereses sociales e individuales al momento en que el derecho le otorga una salida a los vínculos matrimoniales que ya no existen (Cantuarias Salaverry, 1991). Por otro lado, el relacionado a una sanción, se basa en la existencia de una conducta culpable atribuible a uno de los cónyuges.

Para los términos del análisis, corresponde mencionar el divorcio-remedio y en específico, el divorcio por separación de hecho como una causal de divorcio que fue introducida en el ordenamiento jurídico peruano en 2001 por la Ley N° 27495, Ley que establece a la separación de hecho como causal.

Dicha norma, en su artículo 2, incorporó el numeral 12 del artículo 333 del Código Civil indicando que la separación de hecho debe cumplir con el requisito de que hayan transcurrido dos años ininterrumpidos de separación y, en caso de tener hijos menores de edad, el plazo será de cuatro años, siendo no aplicable el artículo 335 del Código Civil (2001).

La incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio representó un cambio al entendimiento del divorcio pues agregó una causal que permite la disolución del vínculo matrimonial no por una conducta específica⁴ sino por una situación específica de la vida en común que se da en un periodo de tiempo determinado.

Al respecto, Cornejo Fava (2014) precisa que, al ser una causal de separación, cualquiera de las partes podrá invocar su propia conducta como origen de la separación, es decir, que uno de los cónyuges puede declararse el autor de tal separación sin necesidad de que sea el otro quien lo acuse. Esto diferencia a la causal de abandono del hogar, el cual sí constituye e implica no cumplimiento de los deberes del matrimonio.

Sin embargo, Cornejo establece que la ley permite esta separación como motivo para solicitar el divorcio siempre que el cónyuge que lo solicita demuestre que está al día con la pensión de alimentos; el cual puede llegar a ser una barrera procesal y se desarrollará más adelante. Por ello, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica de quien se ve perjudicado, evitando ese desequilibrio⁵.

⁴ Que puede llevar a hablar de la figura de divorcio-sanción que se basa en la existencia de una conducta culpable atribuible a uno de los cónyuges. Que, en palabras de Quispe Salsavilca (2002), la causal culposa viene a ser un hecho que se relaciona en el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales a la que la normativa o el juez la califica de grave.

⁵ Ídem.

Ahora bien, es fundamental diferenciar entre el cónyuge perjudicado y el cónyuge culpable. El primero refiere a aquel que, independientemente de la causal de divorcio, sufre consecuencias relacionadas al desequilibrio económico o emocional tras la separación; es decir, quien se ve más afectado tras el divorcio. Ello se puede determinar tras el análisis de diversos criterios como la afectación emocional y psicológica, quién asume la tenencia y custodia de los hijos menores de edad, el haber interrumpido su desarrollo profesional para dedicarse al hogar, la edad al momento de la separación y la pérdida de beneficios relacionados al estado civil como las pensiones o seguros. A diferencia de la culpabilidad, el cónyuge perjudicado implica el reconocimiento de una situación de vulnerabilidad que exige medidas compensatorias (Aguilar, 2024).

Cabe recordar que la separación de hecho no solo tiene efectos respecto al divorcio, sino que también puede activar mecanismos de protección patrimonial como la adjudicación preferente del hogar conyugal, establecida en el artículo 345-A del Código Civil, que busca proteger al cónyuge que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad. Esta protección puede materializarse independientemente de que se dé un pedido expreso de la parte afectada.

Este artículo establece que, si una de las partes invoca la causal de separación de hecho, debe comprobar que se encuentra al día en el cumplimiento de su obligación u obligaciones de mutuo acuerdo. Sin embargo, se generaron diversas interpretaciones respecto a la segunda parte del artículo que señala que el juez es quien deberá velar por la estabilidad económica de quien resulte más afectado por esta separación (Mosquera, 2011).

En el sistema peruano se tiene que como sistemas de divorcio como el divorcio-sanción que se basa en la culpabilidad de uno o ambos cónyuges por el incumplimiento de alguno o varios de los deberes matrimoniales o por conductas reprochables y por el otro lado el divorcio-remedio que se basa en que se verifique la separación efectiva de los cónyuges buscando solucionar situaciones donde la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable.

Es así como Lucero Ramírez (2020) se podría afirmar que en el Perú existe un sistema mixto de disolución matrimonial, donde las causales se tiene tanto

causales de divorcio-sanción y las causales de divorcio-remedio, contenidas entre los incisos 1 a 13 del artículo 333 del Código Civil, al basarse en la constatación objetiva del cese definitivo de la convivencia.

Sin embargo, aquí cabe comparar el sistema peruano con la normativa española y argentina ya que es necesario contextualizar dentro del derecho estas causales en la medida que muchos países han migrado desde un modelo sancionador del divorcio hacia un modelo incausado u objetivo, donde lo relevante es la ruptura del vínculo matrimonial, sin establecer culpabilidad.

Por ello, se puede hablar del caso de España que ha evolucionado hacia un modelo de divorcio-remedio con la Ley N° 15/2005, que modificó el Código Civil. Esta modificación elimina las causales de divorcio-sanción a modo de respuesta a la crítica de la ley anterior que se consideraba que agravaba la situación de crisis matrimonial y no ofrecía una opción directa para la disolución del matrimonio por acuerdo de los cónyuges. Es así como esta normativa nueva habla de un acceso basado en la voluntad de las partes así sea de forma conjunta o unilateral sin alegar causa alguna ni demostrar la existencia de una conducta culpable (Sánchez, 2005).

Por otro lado, al hablar de Argentina, con la Ley 23.515, establece un sistema que incluye una causal mixta de divorcio donde se permite el divorcio por la separación de hecho y el transcurso del tiempo, pero también la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges deje a salvo su inocencia.

Sin embargo, el artículo 1306, en su tercer párrafo, del Código Civil de dicho país impide al cónyuge culpable participar en los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge inocente después de la separación de hecho, combinando así el elemento objetivo con la imputabilidad (Alessio, 2014). Este enfoque mixto, que busca un equilibrio entre la objetividad de la ruptura y la equidad en las consecuencias, puede generar complejidades. Además, este mismo artículo permite que el cónyuge inocente pueda participar en los gananciales que el culpable adquiera después de la separación (Azpiri, 2005).

Entonces, esta comparación normativa entre los sistemas peruano, español y argentino evidencia la existencia de diversos entendimientos respecto al divorcio ya que como se puede observar, la normativa europea, específicamente la

española, deja de lado la sanción para pasar a hablar de la voluntad de las partes reconociendo que la búsqueda de culpables prolonga conflictos y desincentiva soluciones consensuadas (Sánchez, 2005). Mientras que en el caso de Argentina y Perú existe este modelo mixto con existencia de una causal subjetiva y objetiva. Sin embargo, corresponde resaltar que Argentina, a modo de avance, intenta establecer un equilibrio entre ambas al establecer consecuencias patrimoniales diferenciadas por culpa (Alessio, 2014).

Ahora, es aquí donde cabe preguntarse: ¿Por qué se da el Pleno? ¿Cuál es su importancia? Los Plenos Casatorios son un mecanismo necesario para la consolidación de jurisprudencia y normativa que se encuentra dispersa o que es contradictoria entre sí (San Martín Castro, 2011); siendo su objetivo el construir o variar un precedente judicial vinculante (Ticona, 2011).

Estos precedentes buscan constituir o variar un precedente judicial vinculante y tienen como función clave el uniformizar las decisiones judiciales futuras en casos similares, de modo que se eviten fallos contradictorios entre los diversos órganos jurisdiccionales (Beltrán, 2020). Estas sentencias dictadas por los magistrados supremos reunidos en Pleno Casatorio adquieren fuerza vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del país (Ticona, 2011).

En palabras de Marioni, la finalidad de estos precedentes es general previsibilidad y confianza en las decisiones judiciales de modo que se puedan anticipar las consecuencias jurídicas. Es decir, se puede hablar de que la seguridad jurídica es vista como la estabilidad y continuidad del orden jurídico y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de una determinada conducta. Los precedentes generan confianza en la estabilidad de la aplicación del derecho para casos futuros y similares (2012).

El Tercer Pleno Casatorio fue el primero emitido bajo la nueva regulación introducida por la Ley N° 29634, publicada el 28 de mayo de 2009 (Beltrán, 2011). Las principales razones para que se solicitará la convocatoria a Pleno fueron:

- 2. Vencer las contradicciones jurisprudenciales:** El Pleno buscaba que se solucionen las contradicciones existentes respecto a la separación de hecho, como causal de divorcio, específicamente, en lo que respecta a la

naturaleza de la indemnización establecida en el artículo 345-A del Código Civil y establecer si es posible fijar la indemnización de oficio o sólo a solicitud de alguna de las partes (Ramírez, 2011).

- 3. Desarrollar la naturaleza jurídica de la indemnización:** Era necesario que se desarrolle la naturaleza jurídica de la indemnización establecida en el artículo 345-A del Código Civil y su entendimiento como “responsabilidad civil” o como indemnización resarcitoria.
- 4. El desarrollo de la fijación de la indemnización:** Era determinante establecer si la indemnización podía ser establecida de oficio por el juez o solo a pedido de la parte interesada. El 345-A establece que el juez deberá fijar una indemnización, lo que generaba debate sobre si esta era una obligación (L. Ramírez, 2020).
- 5. Interpretación del Artículo 345-A del Código Civil:** El artículo había generado controversia a nivel jurisprudencial y doctrinario (L. Ramírez, 2020), específicamente en lo que se relaciona a la indemnización al cónyuge más afectado (Beltrán, 2020).

Estas contradicciones y diversas interpretaciones del artículo 345-A dentro de la jurisprudencia emitida de la materia previa al Tercer Pleno Casatorio, llevaron a tener diversas formas de entender el artículo y casos similares con resoluciones diferentes.

Por un lado, existían algunas sentencias como la Casación N° 208-2004 Piura que ordenaba indemnizaciones en base a que el juez se encuentra obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho. Sin embargo, en otras sentencias, como la Casación N° 2178-2005 Lima, que si bien reconocían la obligación de los jueces de pronunciarse a favor del cónyuge que ha resultado más perjudicado, exigían pruebas de su condición de perjudicada además de una conducta procesal que demostrara tal condición.

Es claro que ambas casaciones evidencian que independientemente de haberse dado en búsqueda de la aplicación de la misma causal, separación de hecho, tienen un desarrollo argumentativo diferente donde, en una de ellas, la prueba del perjuicio forma parte sustancial para la determinación de la indemnización por daños (Mosquera, 2011).

Es así como el Pleno unificó estos criterios, estableciendo que el juez debe evaluar, así sea de oficio, la situación de vulnerabilidad del cónyuge más perjudicado.

En esa línea, al hablar del cónyuge más perjudicado y la indemnización correspondiente, se puede hablar de la adjudicación preferente la totalidad del inmueble de la sociedad conyugal, la cual no exime necesariamente que se deje de otorgar una indemnización monetaria. La Casación 3680-2018, Lima, es un claro ejemplo donde si bien la demandada no solicitó la adjudicación preferente de la cuota ideal de un inmueble de la sociedad conyugal, sí solicitó una suma indemnizatoria, por considerarse cónyuge perjudicada; y se le otorgó ambas. Ello debido a que, en el marco del Tercer Pleno Casatorio, ambas medidas pueden coexistir si el juez lo considera pertinente.

Ahora, cabe establecer una ligera diferencia entre dos figuras que pueden ser confundidas en el marco de las causales de divorcio establecidas en el Código Civil: la diferencia que existe entre la figura de abandono de hogar y la separación de hecho.

La causal de abandono de hogar refiere a una causal de divorcio-sanción, la cual refiere al momento en el que uno de los cónyuges deja el hogar que tienen en común con el propósito evidente de no cumplir con las obligaciones matrimoniales, sin causa legal que lo justifique. Para que esta causal se configure⁶, esta debe cumplir con tres elementos:

1. **Objetivo:** Una de las partes deja el hogar de manera física;
2. **Subjetivo:** Uno de los cónyuges, intencionalmente, desee evitar sus deberes conyugales; y
3. **Temporal:** Consiste en que sean dos años seguidos o que la duración sumada de los periodos de distancia exceda a dicha cantidad.

Por otro lado, la separación de hecho refiere a la suspensión de la vida en común, ya sea por voluntad de uno o de ambos cónyuges, sin que necesariamente exista una conducta culposa por parte de uno de ellos. Su reconocimiento es como

⁶ Casación N° 577-98-Lima, 16 de octubre de 1998.

causal de divorcio-remedio, ya que esta no implica la existencia de un cónyuge culpable⁷.

Para que la causal establecida en el artículo 333 inciso 12 del Código Civil se configure, es necesario reunir tres elementos⁸:

- a. **Objetivo o material:** Consiste en la separación corporal, ya sea por voluntad expresa o tácita, de uno o de ambos cónyuges, lo que implica el abandono absoluto de los deberes matrimoniales.
- b. **Subjetivo o psíquico:** Hace referencia a la falta de voluntad de uno o de ambos cónyuges de continuar la convivencia, manifestando así el fin a la vida que la pareja compartía.
- c. **Temporal:** Requiere el transcurso continuo del plazo de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores, o de cuatro años si los hubiere, sin que se retome la convivencia conyugal.

Esta causal objetiva tiene base en la constatación del hecho de la ruptura permanente de la vida en común y la cohabitación, siempre que esta no se deba a causas de fuerza mayor (Zannoni, 1993). Por lo tanto, al no exigir la existencia de dolo o culpa por parte de ninguno de los cónyuges, esta figura genera consecuencias jurídicas diferentes a las propias de las causales de divorcio-sanción.

Como precisa Álex Plácido Vilcachagua, esta causal permite acceder al divorcio sin exigir la que se demuestre culpabilidad, reconociendo que la ruptura del vínculo conyugal y la inviabilidad de la vida en común lo justifican por sí mismas. Este mecanismo opera como una solución al conflicto matrimonial, evitando la prolongación de daños emocionales y materiales tanto para los cónyuges como para los hijos (2003). El Tercer Pleno Casatorio Civil complementa este enfoque al establecer que, en estos casos, el juez debe valorar la posibilidad de: (i) fijar una compensación económica a favor del cónyuge perjudicado, y (ii) ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, como medidas reparadoras.

⁷ Casación 784-2005-Lima, 14 de marzo de 2006.

⁸ Fundamento Noveno de la Casación N° 1350-2018, Lima.

Entonces, la diferencia entre ambas figuras radica no solo en que el abandono de hogar configura un divorcio – sanción y la separación de hecho configura un divorcio – remedio, sino en la temporalidad y la culpabilidad que tenga el cónyuge que se aleje físicamente del hogar⁹.

En esa línea, también cabe precisar que la separación de hecho por un plazo mayor de cuatro años, en caso haya menores de edad, o dos años (sin hijos menores), es una causal suficiente para solicitar divorcio en la normativa peruana, conforme al artículo 333.12 del Código Civil.

Esta causal tiene como propósito reconocer esta imposibilidad de mantener el vínculo matrimonial cuando la vida en común ya no es posible. Es decir, su objetivo es evitar prolongar situaciones insostenibles y permitiendo regularizar situaciones de hecho. Como ha establecido el pleno, es una causal de naturaleza objetiva que no requiere demostrar responsabilidad o intencionalidad de los cónyuges, sino simplemente acreditar la interrupción continua de la convivencia durante el plazo legalmente previsto.

Por ello, la separación de hecho constituye por sí misma causal suficiente para decretar el divorcio, pues responde a una lógica jurídica que privilegia la realidad concreta sobre imputaciones subjetivas de culpabilidad.

Así como la separación de hecho es una causal objetiva de divorcio, la flexibilización de los principios procesales en materia de familia resulta indispensable para garantizar una tutela judicial efectiva, en especial al cónyuge más vulnerable. Ambas figuras responden a una misma lógica: garantizar y priorizar la protección material sobre el formalismo, ya sea mediante la admisión de un divorcio-remedio o mediante la adaptación de rigideces procesales.

El Pleno Casatorio, en su fundamento N° 12, resalta la importancia de la relación entre el derecho material y el proceso, señalando que el primero influye y condiciona al legislador para estructurar los tipos procesales y determinar el comportamiento de los sujetos procesales, especialmente el del juez.

En virtud de ello, la naturaleza del derecho de familia, en sus diversas dimensiones, impone tanto al legislador como al juez la obligación de diseñar y

⁹ Casación N° 1518-2006-Lima, 6 de marzo de 2007

aplicar procesos acordes a esta naturaleza, específicamente en la incorporación de mecanismos flexibles que permitan adaptarse a las particularidades de cada caso familiar y el ejercicio de un rol judicial activo y protector.

Esto es fundamental porque, si la labor legislativa es mínimamente deficiente o inexistente, el juez, en cumplimiento de su deber de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva, debe adaptar las normas procesales al caso específico. Esto evita aplicar criterios estandarizados que, al asumir una igualdad formal, podrían perjudicar a una de las partes, especialmente cuando esta es subjetivamente diferente o más vulnerable y no está en condiciones de asumir la neutralidad de una norma diseñada con la finalidad de que sea aplicada a todos por igual.

Como sostiene Priori (2015), existe una interdependencia esencial entre el derecho material y el proceso ya que este último constituye el espacio dinámico donde aquel se concreta y efectiva. El autor enfatiza que el derecho procesal opera como un instrumento funcional al derecho material, donde las normas deben diseñarse para garantizar la realización práctica de los derechos sustantivos .

Ahora bien, tal y como menciona el Pleno, los principios procesales constituyen máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo y el orden de un litigio. Por ello, la existencia de una variedad de procedimientos permite formular reglas particulares (Gozaíni, 2024) y flexibilizar los principios procesales.

En ese sentido, el derecho procesal de familia tiene como objetivo el solucionar los conflictos donde se exige un tratamiento especial orientado a la protección de la parte más vulnerable. Ello debido a que, en materia de familia, por sus particularidades, los casos no pueden evaluarse con las mismas reglas que un conflicto civil (Bermúdez Tapia, 2022). Esta perspectiva es la que justifica que el Juez deba tener una conducta sensible y conciliadora, tal como menciona el Tercer Pleno Casatorio, al reconocer la flexibilización de los principios procesales (Fundamento N°11).

Esta flexibilización de principios no debe implicar una vulneración al debido proceso ni a derechos fundamentales como el derecho de defensa y contradicción. Por el contrario, su finalidad es mejorar las instituciones y el

funcionamiento del proceso y adaptarlo a las particularidades, siempre y cuando no afecten los contenidos esenciales, o el “mínimo indisputable” (Gozaíni, 2024).

En palabras de Priori (2015), el derecho dúctil o “flexible” garantiza la efectividad de derechos fundamentales procesales de modo que existe una protección procesal que no se limite a simples formalidades. Es así como el autor apoya directamente esta necesidad de la existencia de componentes flexibles en los procesos, tal y como señala la Casación materia de análisis. En esa línea, es importante comprender la importancia del derecho a la defensa y el principio de contradicción, especialmente en el contexto de la flexibilización de principios en los procesos de familia y el rol tuitivo que tiene el juez.

Es importante destacar que el debido proceso es entendido como un derecho constitucional que permite garantizar el ejercicio y asegurar la protección efectiva de otros derechos fundamentales. Por esta razón, el debido proceso se convierte en garantía como un derecho fundamental de carácter instrumental, ya que establece las condiciones básicas que permiten velar y cuidar adecuadamente a los derechos fundamentales que existen en un proceso.

Este debido proceso es una garantía que incluye el Derecho a la defensa, dicho derecho refiere a que las partes puedan ejercer su defensa presentando sus argumentos, ofreciendo pruebas y obteniendo una decisión judicial debidamente motivada y fundamentada (Gozaíni, 2024). Es así como el presente derecho, implica que nadie puede ser condenado sin ejercer su defensa, lo cual se relaciona con el principio de contradicción.

En los procesos de familia, este derecho y el principio se vuelven de mayor relevancia debido a la naturaleza de los conflictos del Derecho de Familia, al involucrar relaciones donde se busca proteger a la parte más vulnerable o perjudicada, así como a los miembros del grupo más vulnerable¹⁰.

En dicho sentido se puede hablar sobre la necesidad de flexibilización, rechazando la idea de un solo proceso que proteja todos los derechos ya que se reconoce la necesidad de que los procesos se adapten a las particularidades de cada caso (Priori, 2015).

¹⁰ Niños, madres y ancianos.

Si bien los jueces en dicho tipo de procesos tienen facultades tuitivas y se da una flexibilización de principios procesales, debe estar ligada a que se cumpla con garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, específicamente en el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Es decir, la flexibilización no debe implicar una improvisación ni una sorpresa al momento en el que se presenten los documentos de prueba extemporáneos. Por el contrario, el juez debe someter a discusión lo que se va a resolver en el caso en conjunto con las peticiones presentadas inicialmente por las partes o lo establecido en la etapa postulatoria.

En los procesos de familia, esta flexibilización resulta relevante, ya que se trata de una justicia orientada a proteger a un grupo que se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Por ello, de existir la protección al derecho a la defensa, en protección a los derechos fundamentales, y específicamente en los procesos de familia, es importante que se evite la confrontación ya que la tutela en procesos de familia es diferenciada, por ello la existencia de la flexibilización (González et. Caramelo, G. 2015).

Es decir que, si bien los principios del Derecho Procesal de Familia implican la flexibilidad procesal, un enfoque interdisciplinario y la protección a los vulnerables, toda decisión judicial emitida dentro de la materia debe ser proporcional y acorde al conflicto en específico, en protección de los derechos de quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad (Bermúdez Tapia, 2022). Para poder asegurar el derecho de defensa y el principio de contradicción es relevante que exista la posibilidad de contradecir los hechos o argumentos que la contraparte presente (L. Ramírez, 2020).

Es decir, si se alegan hechos concretos, el juez debe permitir a la contraparte una oportunidad, en un tiempo razonable, para poder emitir pronunciamiento o respuesta sobre esos hechos (Ticona, 2011). Si la audiencia de pruebas ya se llevó a cabo, los medios probatorios ofrecidos deberán ser de actuación inmediata (Beltrán, 2011). Ello debido a que dicho principio tiene la finalidad de garantizar que las pruebas sean de conocimiento de las partes y puedan ser objeto de evaluaciones, preguntas y aclaraciones permitiendo la posibilidad de

contradecir o discrepar en relación con las acciones que la parte contraria haya realizado (Fajardo & Pozo, 2022).

Por ello, en el caso de la indemnización o asignación preferente de bienes, la cual puede ser establecida de oficio por el juez, o al momento de que se da la flexibilización dentro del caso, el juez debe otorgar la oportunidad a la contraparte de pronunciarse.

Es así como el derecho de defensa se convierte en un derecho de suma importancia, ya que su violación en cualquier etapa del proceso puede generar indefensión (Gozaíni, 2024). En dicho caso, la posibilidad de flexibilizar principios procesales, como el de congruencia, es posible si es que no se afecta el derecho de defensa y el principio de contradicción de modo que no se ve afectada la tutela efectiva (Hurtado, 2011).

Ello se relaciona con la imparcialidad del juez, el cual debe actuar como un tercero imparcial no vinculado a las partes (Gozaíni, 2024). Si bien el juez tiene amplias facultades tuitivas, esto no elimina ni altera la garantía de imparcialidad. Ello puede significar que, aunque el juez pueda tomar decisiones amparadas en la indefensión o vulnerabilidad, las resoluciones siempre deben ir en marco del debido proceso y en respeto del principio de contradicción.

En el caso de que en un proceso de alimentos donde se establezcan los montos para poder determinar la pensión de alimentos pero que el juez de primera instancia no permitió al demandado ejercer su derecho de contradicción sobre los criterios económicos usados para fijar pensión, es un claro ejemplo de una vulneración al derecho de defensa y la aplicación incorrecta de la flexibilización procesal ya que el demandante debió tener la oportunidad de contradecir los documentos presentados y fundamentar por qué no se encontraba de acuerdo con el monto. Es decir, que la flexibilización no debe justificar la omisión del derecho de defensa de ninguna de las partes, debiendo el juez equilibrar la protección al vulnerable con las garantías procesales básicas.

Es claro que, si bien hay facultades tuitivas, dichas facultades no eliminan ni alteran la garantía de imparcialidad (Gozaíni, 2024). El Pleno ha destacado el hecho de que el juez de los procesos de familia debe evitar los formalismos

innecesarios y ser flexible solo en la medida que otorgue garantías en igualdad de condiciones (Beltrán, 2011).

Es decir, en los procesos de familia, la flexibilización de principios procesales y la facultad tuitiva del juez le permite actuar con un rol activo, el cual no debe ir más allá de su imparcialidad en la medida que las facultades tuitivas no deben violentar el debido proceso ni el derecho de defensa. La función tuitiva del juez debe alinearse con el derecho al debido proceso, que si bien la actividad jurisdiccional se rige por la tutela judicial diferenciada (Gozaíni, 2024), esta debe ser dentro del marco del derecho de defensa y las decisiones tomadas por el juez no deben ser decisiones que no hayan sido objeto de debate ni defensa (Hurtado, 2011).

El rol activo, además, implica el máximo grado de protección procesal posible, obligando al juez a no ser solo un aplicador de la ley, sino que tiene como función el interpretar las normas de modo que se conduzca a esta efectividad de protección de derechos y satisfacción efectiva (Priori, 2015). Ello se refleja en lo que refiere el Pleno; es decir, que se le permite al juez, bajo su rol “activo y tuitivo”, ir más allá de la literalidad de modo que se pueda asegurar la justicia y proteger a este grupo vulnerable.

Continuando en la línea del Tercer Pleno Casatorio y su búsqueda de establecer un precedente judicial vinculante para homogeneizar las decisiones judiciales y lograr predictibilidad en la justicia peruana (Ramírez, 2011), se puede hablar de las diversas críticas y reflexiones positivas y negativas que la doctrina ha emitido.

Por un lado, se tiene el lado positivo del Pleno que representó un avance significativo al resolver las contradicciones jurisprudenciales en materia de divorcio por separación de hecho, particularmente respecto a la procedencia de fijar indemnizaciones de oficio (Ramírez, 2011), y el deber judicial de garantizar la protección económica del cónyuge más vulnerable tras la separación. Como precisa Lucero Ramírez, estas medidas compensatorias encuentran su fundamento en los principios de equidad y solidaridad familiar. Su objetivo no es el resarcir daños, sino corregir y equilibrar las desigualdades (2020) tras la ruptura conyugal.

El Pleno al establecer esta flexibilización y consecuente indemnización, da facultades tuitivas al juez de modo que puede flexibilizar principios procesales, limitando correctamente que no se exceda del límite permitido que es el derecho de defensa del otro cónyuge y el principio de contradicción.

Por otro lado, en el análisis del Tercer Pleno Casatorio, cabe establecer críticas en la medida que, si bien buscaba uniformar jurisprudencia, no desarrolla todos los términos relevantes para una correcta interpretación del artículo 345-A. Si bien el Pleno otorga esta potestad tuitiva a los jueces de familia en consideración a la situación de vulnerabilidad, existe una crítica fuerte a la deficiente motivación del Pleno al intentar diferenciar la "indemnización" del artículo 345-A del Código Civil y el "resarcimiento" propio de la responsabilidad civil (Barraza & Povich, 2020); por ello, es importante cuestionar si es una responsabilidad civil y a qué se refieren los autores con resarcimiento.

Si bien el Pleno afirma que la indemnización no se encuentra bajo la figura de responsabilidad civil ni requiere la imputación de culpa o dolo. Por ello, se habla de que el Pleno incurre en contradicciones al utilizar implícitamente elementos propios de la responsabilidad civil como el daño o el solicitar que se determine la existencia de nexo causal (Barraza & Povich, 2020), generando confusión y falta de claridad de la figura.

Es claro que, aunque ambos términos, indemnización y resarcimiento, pueden llegar a entenderse sinónimos, la crítica se basa en que lo establecido por el Pleno no es suficiente para establecer una diferencia. Es aquí donde corresponde traer a mención a León Hilario (2010), el *amicus curiae* en el Pleno, quien propuso una distinción clara entre "indemnización" y "resarcimiento".

Por un lado, el letrado establece que la "indemnización" no requiere la imputación de responsabilidad civil, ni implica la presencia de un culpable, sino que la fuente es la ley y su valor se establece analizando la magnitud de los daños generados tras la disolución del vínculo matrimonial o estableciendo el monto bajo el criterio de equidad, siendo esta una compensación económica especial fundamentada en la solidaridad familiar (Barraza & Povich, 2020). Por otro lado, el resarcimiento está ligado a la responsabilidad civil y sí exige los elementos propios de la

responsabilidad como el daño, antijuridicidad, factor de atribución y nexo causal (Barraza & Povich, 2020).

Es así como León Hilario (2010) argumenta la posición de que este artículo 345-A no regula una responsabilidad civil ya que es imposible identificar los elementos propios de una responsabilidad civil dentro del artículo. Por lo tanto, al no ser un hecho ilícito o antijurídico, la idea de que se pueda utilizar la asignación de bienes de la sociedad al cónyuge más perjudicado como medida indemnizatoria respalda que esta no es un resarcimiento; y en consecuencia no se aplican los elementos de la responsabilidad civil (2010).

Empero a ello, también se tiene la posición de que sería más apropiado denominar a la figura del artículo 345-A como "pensión compensatoria" en lugar de "indemnización por daños". Ello debido a su naturaleza y finalidad de equilibrio económico en las relaciones familiares, en lugar de ser un resarcimiento por daño que implicaría analizar los elementos de responsabilidad civil (Silva, 2014).

En dicho sentido, se puede decir que el Pleno afirma que dicha indemnización no constituye responsabilidad civil, su fundamentación resulta contradictoria al utilizar elementos propios de la responsabilidad civil sin marcar una diferencia con el resarcimiento (Barraza & Povich, 2020). Tal hecho, ha causado que se generen controversias que dejan un espacio a la inseguridad jurídica. Como se puede observar, León Hilario (2010) habla de la indemnización como compensación basada en equidad y solidaridad familiar que no está sujeta a elementos de responsabilidad civil, mientras que Silva (2014) propone replantearse como una pensión compensatoria enfatizando su finalidad económica y no reparadora.

Otro punto para analizar es el requisito de la pensión alimenticia como barrera procesal. El artículo 345-A del Código Civil establece que, para encontrarse bajo el supuesto de la causal de divorcio por separación de hecho, es necesario que el cónyuge demandante esté al día en el cumplimiento de su obligación alimenticia. Es ahí donde cabe preguntarse si es que esto constituye una barrera procesal importante en casos de que no se pueda acreditar el estar al día con las obligaciones relacionadas a los alimentos.

Por ejemplo, en un caso hipotético, un cónyuge de 70 años solicita el divorcio por separación de hecho tras 5 años de ruptura, pero no tiene hijos menores. A la lectura literal del artículo 345-A, se le exige que acredite estar al día en pensiones alimentarias; sin embargo, esto genera una barrera procesal pues el requisito carece de sentido ya que no puede demostrar algo inexistente.

Otro ejemplo hipotético es cuando un cónyuge abandona el hogar por violencia económica y demanda divorcio por separación de hecho. En dicho caso, el juez condiciona la procedencia de la demanda a que pruebe que la otra parte está al día en las pensiones alimentarias y, específicamente en el caso peruano, hay la obligación de la existencia de una sentencia judicial que lo demuestre. Es así como el requisito no es posible de presentar por falta de un documento. Entonces, ¿cómo se procedería en estos casos?. Pueden existir diversas respuestas en dichos casos, en el presente en particular, soy partidaria de la contenida en la Casación N° 2458-2016, Sullana.

La Corte ha establecido que dicho requisito no puede ser interpretado de manera tajante por los jueces ya que cada caso es diferente y pueden presentarse situaciones que justifiquen su no exigencia. Es decir, en casos donde no hay un proceso de alimentos o un documento que acredite el incumplimiento, el juez debe analizar el contexto del proceso, siendo no exigible la prueba de pago.

Si bien el artículo 345-A busca proteger al cónyuge vulnerable, su aplicación, según la Casación N° 2458-2016, Sullana, no puede ser una barrera procesal de modo que los jueces apliquen una interpretación dinámica, considerando el contexto social y los fines del derecho.

Finalmente, es importante traer a mención las diversas Casaciones que han incorporado el Pleno, que hablan de la indemnización del cónyuge que se ha visto más afectado por la disolución del vínculo matrimonial, que no tiene carácter alimentario, que puede cumplirse con la suma de dinero o la asignación preferente de bienes.

Las casaciones N° 3018 – 2021 (Selva Central), N° 2982-2021 (Ica), N° 3925-2022 (Moquegua) y N° 6810-2019 (Ancash), en su conjunto, demuestran que el Pleno Casatorio es aplicado por el orden jurisdiccional, aplicando en su totalidad

la regla de la indemnización o la entrega de bienes como una obligación que busca corregir un desequilibrio económico e indemnizar un daño.

En esa línea, también cabe resaltar el hecho de que se sigue hablando de una indemnización por el “daño”, sin la necesidad de que sea un daño per se. Es decir, sigue existiendo esta incongruencia respecto al término de “indemnización” y su cercanía con la definición de indemnización por responsabilidad civil, demostrando que se mantiene vigente tal confusión.

Empero a todo ello, cabe resaltar que la flexibilización de principios procesales se mantiene presente dentro de estos procesos, lo cual demuestra la adaptación que ha tenido el sistema respecto a lo establecido por el Pleno. Es así cómo si bien se mantiene una imprecisión en la terminología, la flexibilizada se mantiene en aplicación, lo cual demuestra una evolución positiva respecto a los procesos de familia y el divorcio por separación de hecho.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Derecho Procesal de Familia, al ser una rama especializada de derecho que se basa en la necesidad de regular y proteger a la familia, cumple un rol crucial para la protección de los derechos relacionados a ella, así como el buen manejo de los casos complejos que surgen en este ámbito, garantizando la tutela jurisdiccional.

Por lo tanto, el Estado peruano busca proteger a la familia no solo a través de las normativas, sino que a través de la Constitución en el artículo 4. Dicha protección se da mediante el reconocimiento del matrimonio como base de la familia y en las regulaciones relacionadas a esta institución. Entonces, al hablar de las causales de divorcio, se puede hablar de la separación de hecho, regulada en el artículo 333.12 del Código Civil.

Específicamente, la causal de divorcio que no requiere que se acredite culpa o dolo, sino los requisitos establecidos por el mismo artículo. A diferencia del abandono de hogar, la separación de hecho se encuentra dentro de la categoría de divorcio-remedio ya que no sanciona, sino que reconoce el fin del vínculo matrimonial y la vida en común.

El Tercer Pleno Casatorio Civil, en conjunto con el artículo 345-A del Código Civil, desarrolla los mecanismos a utilizar cuando hay un desequilibrio económico o emocional del cónyuge más vulnerable mediante la indemnización y/o la entrega preferente de bienes.

Los procesos de familia, al ser procedimientos judiciales respecto a personas en situaciones de vulnerabilidad, el Tercer Pleno Casatorio permite que estos procesos tengan un enfoque tuitivo y flexible. Ello en razón de que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad se adapten dentro de cada caso en específico, sin vulnerar el debido proceso de cada una de las partes.

Así, propone una obligación legal de no reparación, sino que propone la indemnización como un mecanismo para establecer una igualdad económica entre quien se vio más afectado, dándole al juez un rol activo en su deber de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado.

Cabe resaltar que, si bien se propone la indemnización como un mecanismo para establecer una igualdad económica, existe una problemática que busca responder a la pregunta de que si la concepción de "indemnización" implica analizar los elementos de la responsabilidad civil. Ante ello, se tienen opiniones como la de Silva (2014), quien propone un cambio de nombre: "pensión compensatoria".

Ahora, a modo de respuesta para las preguntas planteadas:

- La separación de hecho es una causal objetiva y suficiente de divorcio. No requiere imputación de culpa, solo la constatación del quiebre permanente de la vida en común por el tiempo establecido por ley.
- La flexibilización de principios procesales es necesaria y válida en los procesos relacionados a la familia, ya que permite una tutela judicial efectiva frente a situaciones de vulnerabilidad, siempre respetando el debido proceso.
- El cónyuge perjudicado puede ser indemnizado incluso sin prueba de adulterio, cuando existen elementos como violencia, abandono o desequilibrio económico, de conformidad con el artículo 345-A del Código Civil.

- El III Pleno Casatorio Civil interpreta de forma adecuada y razonable el marco normativo vigente, promoviendo una justicia más material, equitativa y centrada en la persona, especialmente en contextos familiares complejos.

Desde una perspectiva personal y jurídica, manifiesto conformidad con el fallo del Tercer Pleno Casatorio al reconocer la separación de hecho como causal de divorcio; así como reconozco que la flexibilización de los principios procesales resulta necesaria en el ámbito del Derecho de Familia, donde deben primar la protección de los sujetos en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, es importante resaltar que la flexibilización no debe convertir al juez en arbitrario, sino que debe existir un equilibrio entre la protección del vulnerable y el respeto al derecho de defensa y el principio de contradicción.

Finalmente, cabe establecer que es fundamental considerar la necesidad de la creación de un Código de Familia que recopile y sistematice las normas que giran en torno a esta institución. Ello en razón de que la familia es una base fundamental en la sociedad con la necesidad de tener un marco normativo claro y especializado.

Si bien actualmente muchas de estas disposiciones se encuentran en el Código Civil, la complejidad y relevancia del Derecho de Familia exigen un cuerpo normativo propio en virtud de la complejidad y especialidad de las relaciones familiares; así como la falta de un orden en la normativa actual.

Este código no solo unificaría las normas existentes, sino que sistematizaría los principios rectores del Derecho de Familia. Por ello, se recomienda la creación de un Código Procesal de Familia que unifique y sistematice la legislación en esta materia, de modo que se brinde mayor seguridad jurídica y eficacia en la protección de las familias, así como un mejor acceso a la justicia. Es así como su implementación y creación fortalecería la seguridad jurídica, garantizando los derechos que engloban el Derecho de Familia.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Llanos, B. (2024). Alcances y repercusiones del Tercer Pleno Casatorio. *Actualidad Civil*.

Alessio, M. F. (2014). *La separación de hecho y sus efectos patrimoniales: La incidencia del art. 1306, 3º párrafo, en las causales de los art. 204 y 214 inc. 2. CALP*. <https://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/2023/01/La-separacion-de-hecho-y-sus-efectos-patrimoniales..pdf>

Azpiri, J. O. (2005). *Juicio de divorcio vincular y separación personal*. Hammurabi.

Barraza Pizarro, J. J. & Povis Jesus, E. N. (2019). *Crítica al Tercer Pleno Casatorio Civil respecto a la demarcación entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico del Estado peruano*. <https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/3830/TESIS%20CRITICA%20AL%20TERCER%20PLENO%20CASATORIO%20CIVIL%20RESPECTO%20A%20LA%20%20DEMARCACION%20ENTRE%20INDEMINIZACION%20Y%20RESARCIMIENTO%20EN%20EL%20ORDENAMIENTO%20JURIDICO%20PERUANO%20..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Beltrán Pacheco, P. J. (2011). Por una justicia predecible en materia familiar: Análisis del Tercer Pleno Casatorio. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (153), 15. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3/Tercer_Pleno_Casatorio_Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3

Bermúdez-Tapia, M. (2022). Fundamentos, principios y autonomía del Derecho Procesal de Familia. *Gaceta de Familia*, (6), 169–177. <https://www.researchgate.net/publication/367021691>

Bustamante del Castillo, W. (2024). El principio de eventualidad procesal. *YachaQ: Revista De Derecho*, (1), 67-74. <https://doi.org/10.51343/yq.vi1.1368>

Cantuarias, F. (1991). El divorcio: ¿Sanción o remedio? *THEMIS Revista de Derecho*, (18), 66–72. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10884>

Caramelo, G., Picasso, S., & Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (1ª ed., Tomo II). Infojus. <https://apunty.com/doc/ccyc-nacion-comentado-tomo-ii-pdf-derecho-civil-ii>

Congreso de la República del Perú. (2001). *Ley N.º 27495: Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio*. Diario Oficial *El Peruano*.

Cornejo Fava, M. T. (2014). *La separación de hecho de los cónyuges como causa de la separación de cuerpos y del divorcio: Peculiaridades*. *Persona y Familia*, (3), 25–31. Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/438/263>

Fajardo-Romero, C. J. & Pozo-Cabrera, E. E. (2022). Vulneración del principio de contradicción con la práctica probatoria. *KOINONIA Revista Arbitrada Interdisciplinaria*, 7(2), 417. <https://doi.org/10.35381/r.k.v7i2.1963>

Girgis, S., George, R. P., & Anderson, R. T. (2020). ¿Qué es el matrimonio? *Ius Humani: Revista de Derecho*, 9(1), 87-137. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8229264>

Gozaíni, O. A. (2024). *Principios procesales del derecho de las familias* (1ª ed.). La Ley. <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2024/05/Principios-procesales-del-derecho-de-las-familias-1.pdf>

Hurtado Reyes, M. A. (2011). Soltando las rígidas formas: El principio de congruencia procesal y su flexibilización en el Tercer Pleno Casatorio Civil. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (153), 15. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3/Tercer_Pleno_Casatorio_Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3

Jefatura del Estado (2005). Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio Boletín Oficial del Estado, núm. 163, 9 de julio de 2005. <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/08/15>

Quispe, D. (2002). *Nuevo régimen familiar peruano*. Cultural Cuzco.

Mancha Pineda, E. S. (2020). Consecuencias de la inaplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil en los procesos sobre divorcio por la causal de separación de hecho en el 2º y 3º Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2017-2018 <https://repositorio.ucsm.edu.pe/handle/20.500.12920/9839>

Marinoni, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 18(1), 249–266. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n1/art08.pdf>

Mosquera Vásquez, C. C. (2011). Flexibilización de principios procesales e indemnización o adjudicación preferente en el Tercer Pleno Casatorio Civil. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (153), 15. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3>

[3/Tercer_Pleno_Casatorio_Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3](https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/0939cc33-cdec-4c49-bada-31c0d784e448/content)

Ortiz, C. (2017). *Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura, Facultad de Derecho. <https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/0939cc33-cdec-4c49-bada-31c0d784e448/content>

Plácido Vilcachagua, Á. (2003). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo II, Derecho de Familia). Gaceta Jurídica. <https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/06/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>

Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia. (n.d.). *Tema N° 2: La Consecuencia Accesorias del Cese del Derecho Alimenticio entre Cónyuges Determinado Judicialmente, al Declararse la Disolución del Vínculo Matrimonial en los Procesos de Divorcio*. Poder Judicial del Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1185100043eb79d79d2cdf4684c6236a/Tema+II.-+Consecuencia+Accesorias+del+cese+del+Derecho+Parte+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1185100043eb79d79d2cdf4684c6236a>

Poder Judicial del Perú. (1998). *Casación N° 577-98-Lima*, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de octubre de 1998. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2001). *Casación N° 1266-2001-Lima*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de septiembre de 2001. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2003). *Casación N° 2239-2001-Lima*, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2006). *Casación N° 1358-2005-Lima*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2006). *Casación N° 784-2005-Lima*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de marzo de 2006. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2007). *Casación N° 1518-2006-Lima*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 6 de marzo de 2007. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2016). *Casación N° 4766-2015-Cajamarca*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 26 de agosto de 2016. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2017). *Casación N° 5840-2017-Del Santa*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de septiembre de 2017. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2017). *Casación N° 2458-2016-Sullana*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de mayo de 2017. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2018). *Casación N° 3680-2018-Lima*, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de julio de 2022. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2019). *Casación N° 1350-2018-Lima*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2025). *Casación N° 3925-2022-Moquegua*, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de noviembre de 2024. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2025). *Casación N° 2982-2021-Ica*, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de enero de 2025. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2025). *Casación N° 6810-2019-Ancash*, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de abril de 2025. *El Peruano*.

Poder Judicial del Perú. (2025). *Casación N.º 3018-2021-Selva Central*, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de abril de 2025. *El Peruano*.

Priori, G. F. (2015). El proceso dúctil. En *XXXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*. BOGOTÁ. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. https://www.academia.edu/16329718/El_proceso_d%C3%BActil

Ramírez Izaguirre, L. (2020). *III Pleno Casatorio Civil* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=1Qf-zTWXwhU>

Ramírez Jiménez, N. (2011). Crónica del Tercer Pleno Casatorio. In *Diálogo con la jurisprudencia: Tercer Pleno Casatorio Civil* (pp. XX-XX). Poder Judicial del Perú. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3/Tercer_Pleno_Casatorio_Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3

Sánchez Hernández, Á. (2005). La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. *Anales de Derecho*, *23*, 129-142. Universidad de Murcia.

<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/11390/1/AD23%202005%20p%20129142.pdf>

San Martín Castro, C. (2011). Prólogo. *Diálogo con la Jurisprudencia: Tercer Pleno Casatorio Civil. Poder Judicial del Perú*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3/Tercer_Pleno_Casatorio_Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3

Silva Chávez, F. B. (2014). Separación de hecho, ¿indemnización por daños o pensión compensatoria? *ALÉTHEIA*, 2(1), 145-152.

Tantaleán, R. (2013). Algunas cuestiones “periféricas” en el Tercer Pleno Casatorio Civil. *Diálogo con la jurisprudencia*, 176(6), 48-58. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/F47973DDDD90C0CB705257D95004F4EF5/\\$FILE/DIALOGOJURISPRUNDENCIA176PAG48.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/F47973DDDD90C0CB705257D95004F4EF5/$FILE/DIALOGOJURISPRUNDENCIA176PAG48.PDF)

Ticona Postigo, V. (2011). Presentación. *Diálogo con la jurisprudencia: Tercer Pleno Casatorio Civil. Poder Judicial del Perú*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3/Tercer_Pleno_Casatorio_Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e876d6004233554ba0a4b85aa55ef1d3

Varsi Rospigliosi, E. (2007). *Divorcio y separación de cuerpos*. https://works.bepress.com/enrique_varsi/24/

Zannoni, E. A. (1993). *Derecho civil: Derecho de familia* (Tomo 2, p. 124). Editorial Astrea.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno

Demandante: René Huaquipaco Hanco
Demandada: Catalina Ortiz Velazco
Materia: Divorcio por la causal de separación de hecho
Clase de proceso: Proceso de Conocimiento

Sumario:

I. DEL PROCESO.	01
1. Demanda.	02
2. Contestación de la demanda por el Fiscal Provincial.	02
3. Contestación de la demanda y reconvención.	03
3.1. Contestación.	03
3.2. Reconvención.	03
4. Sentencia de primera instancia.	04
5. Sentencia de segunda instancia.	07
6. Recurso de casación: extremos de la sentencia de segunda instancia impugnada.	09
7. Causal del recurso y sus fundamentos.	10
II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.	11
III. CONSIDERANDO.	12
1. El Estado democrático y social de Derecho y los procesos de familia.	12
2. El principio de socialización del proceso y los procesos de familia.	17



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3.	La función tuitiva del Juez en los procesos de familia.	19
4.	Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia.	20
5.	Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia.	23
6.	El divorcio en el Código Civil.	24
	6.1. Clases de divorcio.	24
	6.2. Causales de divorcio.	28
7.	El divorcio por la causal de separación de hecho.	30
	7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.	30
	7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.	31
	7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.	35
	7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.	36
	7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.	36
	7.6. Diferencia con otras causales.	39
	7.7. Efectos legales.	41
8.	La indemnización en el divorcio por separación de hecho.	43
	8.1. Concepto.	44
	8.2. Naturaleza jurídica.	45
	8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.	53
9.	La indemnización o adjudicación de bienes: de oficio y a instancia de parte.	63
	9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.	64
	9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.	67
	9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.	72



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

10. La reconvencción formulada por la demandada en el presente proceso.	75
10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia.	75
10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia.	76
10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.	77
11. Juicio de fundabilidad del recurso de casación.	80
12. De los efectos de la sentencia y el precedente judicial.	82
IV. FALLO.	83
Primero: Infundado el recurso de casación	
Segundo: Precedente Judicial Vinculante	
FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO.	86
I. El fin de la comunidad política.	87
II. La sociedad y el Estado al servicio de la familia.	88
III. La solidaridad y los procesos de familia.	89
3.a) La solidaridad como principio social.	90
3.b) La solidaridad y el crecimiento común de los hombres.	90
3.c) La solidaridad familiar.	90
Parte Decisoria	91



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

I. DEL PROCESO.

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

1. DEMANDA.

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Mirian, nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesorias se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL.

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN.

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvencción en los siguientes términos:

3.1. Contestación.

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que éste le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

3.2. Reconvencción.

Interpone reconvencción para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvenccional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US\$.6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniente padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvención sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hancco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado *[debe decir 50%]*, tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvencción por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y sólo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: a) recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor, así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 [debe decir 59 a 72]¹, las que no han sido cuestionadas por el demandante; b) promovió actos de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90², las que tampoco han sido cuestionadas; c) rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le

¹ De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 08 y 21 de julio de 1981, 03 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

² A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román - Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicológico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 06 de mayo del 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y d) inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre del 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58³, no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156. Estos hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrateo de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de

³ De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro pre-universitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorroto de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvencción) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370 del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA.

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA

EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa- toda vez que la reconvención por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquélla, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictorias, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre del 2010.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.

Por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre del 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009 Lima⁴, 1585-2010 Lima⁵, 5512-2009 Puno⁶, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

⁴ En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

⁵ Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.

⁶ En este proceso en particular, el Juez de primera instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

III. CONSIDERANDO:

1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

1.- Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

La doctrina⁷ considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros⁸.

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva

⁷ Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

⁸ Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires - Eudeba, 2000, pp. 44-45.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

2.- Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un "mínimo de garantías" que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho "(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que *medios instrumentales* al servicio de ciertas finalidades"⁹.

3.- Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho¹⁰.

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo "...el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho". Y luego agrega el mismo autor que "Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho..."¹¹.

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de

⁹ Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. Cit., p. 50.

¹⁰ Constitución, artículo 43.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

¹¹ *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: "Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de 'todos' los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma"¹².

4.- Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional¹³ comprometido con la justicia social; el atributo *social* comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario¹⁴.

Häberle precisa además que "Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de 'Estado Constitucional', por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas"¹⁵.

Como puede apreciarse, una de las notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de

¹² Ob. Cit., p. 202.

¹³ La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.

¹⁴ Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.

¹⁵ Ob. Cit. p. 226.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

5.- La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio¹⁶.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiendo el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

6.- La denominación de Estado "democrático y social" de Derecho sólo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, "(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho"¹⁷. Tales condiciones materiales se dan no sólo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la

¹⁶ Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

¹⁷ González Ojeda, Magdiel. *El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano*. En: *Derecho y Sociedad* N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democratico-de-derecho-y-el-estado-peruano>.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: "La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros"¹⁸; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares¹⁹. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro²⁰ resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conllevan características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil²¹, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo²², la intervención del Ministerio Público, entre otros.

¹⁸ Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.

¹⁹ Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: "El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina —como dijimos— numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden". En: *Manual de Derecho de Familia*, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.

²⁰ Mangione Muro, Mirta Hebe. *Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado*, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ibidem*).

²¹ Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: "Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

7.- En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde sólo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. "En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen"²³.

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo 052.

2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

8.- Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso²⁴.

9.- Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente

mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana". En: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.

²² Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ob. Cit.*, p. 84.

²³ Mangione Muro, Mirta Hebe. *Ibidem*.

²⁴ Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

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

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

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material²⁵ dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

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

²⁵ El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

3. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

11.- El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

12.- La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia²⁶.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

*Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos–, los poderes derivados de

²⁶ Cfr. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima – Perú, Librería Comunitas E.I.R.L. 2008, p. 163.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico²⁷.

4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

13.- Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvencción y contestación de ésta)²⁸, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía²⁹, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozaini señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*³⁰.

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter processus*³¹. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en

²⁷ Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpression, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

²⁸ Cfr.: Gozaini, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

²⁹ Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.

³⁰ Gozaini, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

³¹ Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen³².

14.- Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesorio. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda³³.

16.- Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes

³² Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. Ob. Cit., p. 273.

³³ Al respecto se ha sostenido que: "El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo". En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, JUS Jurisprudencia, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)³⁴.

17.- En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la

³⁴ Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA.

18.- Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes³⁵.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, "siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus

³⁵ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal³⁶.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternatively la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19.- También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

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

6.1. Clases de divorcio.

21.- La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio "absoluto" del divorcio "relativo", según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de

³⁶ Hinostroza Minguéz, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

6.1.1. Divorcio sanción.

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

“La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”³⁷.

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”³⁸.

6.1.2. Divorcio remedio.

23.- Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a

³⁷ Quispe Salsavilca, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2*; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp.73-75.

³⁸ Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, pp. 115-116.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó³⁹.

Con alguna razón se sostiene que “[e]l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio⁴⁰; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de la finalidad social del instituto*, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio⁴¹. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar⁴² al divorcio remedio en:

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

³⁹ Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

⁴⁰ Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

⁴¹ Cfr.: Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., p. 116. Señalan estos autores: “Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración”.

⁴² Respecto de esta sub clasificación, Díez Picazo y Gullón han referido: “Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”. (Ob. Cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

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

24.- A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatória alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (*divorcio contencioso*), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio⁴³.

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

⁴³ Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: "En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la Inconducha de otro, en otros —a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos— se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas". (Ob. Cit., p. 426).



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

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

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: "Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges"⁴⁴.

6.2. Causales de divorcio.

26.- Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial⁴⁵. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de

⁴⁴ Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.

⁴⁵ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

cuerpos⁴⁶, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos⁴⁷.

27.- Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio⁴⁸. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen "conductas antijurídicas" que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: "La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosas*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados deberes-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir

⁴⁶ Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

⁴⁷ Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:

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

⁴⁸ Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino "diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio". (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. Cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: "la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas". (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 439).



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

actos meramente *culposos*, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor⁴⁹.

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

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

7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

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

7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su

⁴⁹ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil - derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002,



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado *malicioso*), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.

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

7.2.1. Proyecto de Ley.

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985⁵⁰.

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR⁵¹), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N°

⁵⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.

⁵¹ Cf.: Plácido Vilcachagua, Alex P. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 211.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001.

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495.

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

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

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

32.- Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo⁵². El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

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

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería "(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de

⁵² Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: "En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado".



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente:

*[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio*⁵³.

7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.

33.- Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: "La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos"⁵⁴.

También se asevera que la separación de hecho es "(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...) "⁵⁵.

⁵³ Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vitcachagua: "Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley". En: *Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?* Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF, p. 15.

⁵⁴ Azpíri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p.256.

⁵⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida. *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: "(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos"⁵⁶.

7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.

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

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no sólo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.

35.- Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera

⁵⁶ Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero del 2006, se ha establecido que: "El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa".



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: *material, psicológico y temporal.*

7.5.1. Elemento material.

36.- Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común⁵⁷. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones – básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales⁵⁸.

7.5.2. Elemento psicológico.

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

⁵⁷ Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: “Este deber, llamado también ‘deber de cohabitación’, significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo”.

⁵⁸ Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: “(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta”. (*Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*; Ob. Cit.; p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. *Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*, *JUS Doctrina y Practica*, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca refiere que: "(...) no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente"⁵⁹. En el mismo sentido Plácido Vilcachagua señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros⁶⁰.

En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges⁶¹.

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

⁵⁹ Quispe Salsavilca, David. Ob.Cit., p.110.

⁶⁰ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 48.

⁶¹ Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, Ob. Cit., p. 124.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

7.5.3. Elemento temporal.

38.- Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan⁶².

7.6. Diferencia con otras causales.

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

⁶² Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: "Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado". En: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

40.- Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges⁶³, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que – por el contrario – para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias⁶⁴.

7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común.

41.- Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos⁶⁵, mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto

⁶³ Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

⁶⁴ En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

⁶⁵ Cfr.: Hinojosa Minguéz Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

sancionado por el legislador⁶⁶. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

7.7. Efectos legales.

42.- Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva⁶⁷; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

43.- El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

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

⁶⁶ Cfr. Quispe Salsavilca, David Percy. Ob. Cit., pp. 119-122.

⁶⁷ Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (*ex nunc*), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares⁶⁸.

44.- Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

A) El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

B) La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa"⁶⁹.

45.- La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

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

⁶⁸ Plácido Vilcachagua, Alex F. *Ibidem*; p. 51.

⁶⁹ En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: "Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otro medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil".



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

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

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

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

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

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

8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO.

47.- Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

8.1. Concepto.

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

Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: "Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal"⁷⁰. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, "al margen de toda responsabilidad".

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

⁷⁰ *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

50.- No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

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

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

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

8.2. Naturaleza jurídica.

53.- Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización.

En la doctrina⁷¹ se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

8.2.1. Carácter alimentario.

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

8.2.2. Carácter reparador.

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial⁷², y al efecto se establece una pensión compensatoria.

8.2.3. Carácter Indemnizatorio.

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial⁷³. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta

⁷¹ Cfr. Zarraluqui Sánchez-Ezarniaga, Luis. *La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf

⁷² "La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil –español–, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio". Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª del 01 de octubre de 1998.

⁷³ Zarraluqui, Luis Op. Cit. p. 3.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

8.2.4. Carácter de Obligación Legal.

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil⁷⁴. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad⁷⁵ y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

8.2.5. Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual.

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. *La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?*, véase el texto en el siguiente enlace: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1943/23.pdf>. Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada "indemnización en caso de perjuicio", derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp.147 y ss.

⁷⁵ Zarraluqui, Luis, Op. Cit. p. 8-9.

⁷⁶ La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuricidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición⁷⁷, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial⁷⁸. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniendo en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

8.2.6. Nuestro sistema normativo.

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

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio

⁷⁷ Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo del 2010, en la que sostiene: "Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro".

⁷⁸ Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: "Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado". *Responsabilidad Civil derivada del divorcio*. Véase el texto completo en el siguiente enlace: http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

Aparicio Auñón sostiene que "(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales"⁷⁹.

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *quantum* indemnizatorio.

55.- Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria⁸⁰.

⁷⁹ *La Pensión Compensatoria*. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

⁸⁰ Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. Cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada *prestación compensatoire* en virtud de la cual "...uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho*. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

56.- En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor **Alex Plácido Vilcachagua**, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos- los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido⁸¹ debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal- consideramos que como la indemnización debe comprender no sólo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo⁸².

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

57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor **Leysser León Hilarío**, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la

⁸¹ El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

⁸² Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de "protección del conviviente más perjudicado" (STS de 27 de marzo del 2001, 17 de enero del 2003, 23 de noviembre del 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p.131.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58.- Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la "estabilidad económica" del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge⁶³.

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

59.- Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común⁶⁴, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En

⁶³ Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre del 2010, dejó establecido que: "Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)".

⁶⁴ La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: "En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño- haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría"⁸⁵.

60.- Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un *juicio de probabilidad*, más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta

es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal-, caso contrario, habrá una causa ajena⁸⁶.

61.- En el presente caso, para que proceda la indemnización (*juicio de procedibilidad*) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal- del *hecho objetivo* de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, *pues que se trata del divorcio remedio*. Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en sí, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales⁸⁷, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa

⁸⁵ Op. Cit. p. 8.

⁸⁶ Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. *El Daño y su Cuantificación Judicial*, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 2008, p. 16.

⁸⁷ En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil.

Cosa distinta es que en el ámbito del *juicio de fundabilidad* se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.

62.- En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio- cualquiera de los cónyuges⁸⁸, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización⁸⁹. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada

⁸⁸ En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: "(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)".

⁸⁹ La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: "Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación⁹⁰.

8.3.1. De la indemnización y los daños personales.

63.- Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad⁹¹, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

⁹⁰ También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. *Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano*. En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima – Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

⁹¹ Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, la familia monoparental (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. *Familia Monoparental*, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

64.- En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Díez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: "La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas"⁹².

65.- El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí⁹³, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

66.- Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

⁹² Ob. Cit., pp. 139-140.

⁹³ El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor, no puede importar una conducta antijurídica y, por tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

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

67.- El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego⁹⁴, aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la *faz estática* del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima⁹⁵.

68.- El daño a la salud representa el *aspecto dinámico* del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)⁹⁶.

69.- También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al "proyecto de vida" estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. p. 477.

⁹⁵ Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.

⁹⁶ Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Ob. Cit., pp. 66-71.

⁹⁷ Fernández Sessarego sostiene que: "El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicossomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, "pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable —no meramente posible— dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos". Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que "la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente" y que "la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción"⁹⁸.

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que "la noción del denominado 'proyecto de vida' concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)"⁹⁹. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción

condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto." En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, diciembre, 1996.

⁹⁸ Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Ob Cit. p., 412.

⁹⁹ Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

pública, una beca de estudios superiores)¹⁰⁰, precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

70.- En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial- a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁰¹, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí.

¹⁰⁰ Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida*, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú, 2006, p. 124 y ss.

¹⁰¹ Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque "el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación". Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Sante Fe, Editorial Rubinzal Cuzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie¹⁰². Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona¹⁰³, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322¹⁰⁴, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984¹⁰⁵ y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985¹⁰⁶.

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial¹⁰⁷. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente¹⁰⁸.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado¹⁰⁹.

¹⁰² Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.

¹⁰³ Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.

¹⁰⁴ Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

¹⁰⁵ Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

¹⁰⁶ Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

¹⁰⁷ Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.

¹⁰⁸ La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp, ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico - material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".

¹⁰⁹ Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. Cit., p 122.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral¹¹⁰. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona¹¹¹. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica¹¹².

72.- Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto¹¹³.

73.- Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está

¹¹⁰ Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: *Derecho de las personas*, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

¹¹¹ Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

¹¹² Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 208-212.

¹¹³ En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, "(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)".



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique "un cambio de vida" para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse "un mínimo" o "un máximo", sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros¹¹⁴.

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes¹¹⁵.

¹¹⁴ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

¹¹⁵ En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio del 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:

"Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualesquier otra circunstancias relevante.

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



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

75.- Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.

76.- Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización¹¹⁶. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retomo del cónyuge perjudicado con sus hijos menores¹¹⁷.

¹¹⁶ Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 57.

¹¹⁷ Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

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

9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.

77.- La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesorio, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.

78.- La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4 y 43 de la Carta Política).

79.- En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite - vía demanda o reconvención- una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?

80.- En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello¹¹⁸. Si la parte

¹¹⁸ La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3016-2006 Lima, publicada el 03 de enero del 2008 en el Diario Oficial El Peruano, se ha establecido que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo "(...) de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3° del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los "perjuicios".

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico¹¹⁹ y ha sostenido que "...todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera petitionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que "quien alega un hecho tiene que

casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]".

De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, se ha establecido que: "(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)".

¹¹⁹ Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

probarlo", vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho¹²⁰.

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: "(...) Sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales"¹²¹. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el

¹²⁰ STC 04800-2009-PA/TC del 05 de marzo del 2010.

¹²¹ STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio del 2010.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.

81.- Según el principio dispositivo, *nemo iudex sine actore*, el proceso sólo se inicia a instancia de parte, nunca *ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional¹²². No sólo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba¹²³. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

¹²² Hernando Devis Echandía define a la carga como: "un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales". En: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Victor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

¹²³ En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en "la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio". Camelutti Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. *Las reglas generales del onus probandi*. En: AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

82.- A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesorio a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvencción en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito¹²⁴, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso¹²⁵.

¹²⁴ Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

¹²⁵ Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvencción: "Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

83.- Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil¹²⁶.

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo¹²⁷.

84.- Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvenzional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio¹²⁸. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título

adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvenión". *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2009, pp. 525-550.

¹²⁶ Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;

La pretensión se sustente en un derecho indisponible;

Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o

El juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

¹²⁷ Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

¹²⁸ El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso...".



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa¹²⁹, sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoprocama nuestra Constitución.

85.- Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.

86.- Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte - demandante o demandada- implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de

¹²⁹ En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: "Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su *decideratum*: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio". *La Congruencia procesal*, 1ª edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

87.- En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada¹³⁰. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieron los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural¹³¹; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la

¹³⁰ Cfr.: Peyrano, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2008, pp. 103-104.

¹³¹ La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata¹³², con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio¹³³.

9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.

88.- Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio *onus probandi*, esto es la carga de la prueba¹³⁴, la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente¹³⁵.

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la "noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez

¹³² Constituyen pruebas de actuación inmediata aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

¹³³ Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima Perú, Librería Comunitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

¹³⁴ En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

¹³⁵ Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte¹³⁶.

89.- La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar.

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e

¹³⁶ *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley¹³⁷.

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

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa¹³⁸.

Si bien el artículo 480, in fine, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales sólo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

¹³⁷ Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2366-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre del 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando: "Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos".

¹³⁸ Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: "... en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyen al mismo punto". *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

91.- En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO.

92.- La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvencción, solicitando que el demandante la indemnice por *daño moral y personal*, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por *daño moral*; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia.

93.- La sentencia entre otros, ampara la reconvencción de la demandada en la parte referida al *daño moral* y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia.

94.- La Sala Superior ha revocado sólo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad- y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el *daño y perjuicio* sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del *proyecto de vida matrimonial*, y que se trata de un supuesto de *responsabilidad civil familiar de tipo contractual*.

También la Sala estima que le corresponde velar por la *estabilidad económica de la consorte perjudicada* así como reparar los *daños a su persona* fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvencción en parte, ha señalado un monto indemnizatorio sólo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de ésta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.

95.- En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvencción en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: "establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la(s) que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio".

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvenccional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvencción, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada – demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

96.- No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.

B) En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona¹³⁹. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino

¹³⁹ Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, aunque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada.

C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.

D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil¹⁴⁰. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito¹⁴¹.

97.- En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

¹⁴⁰ Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

¹⁴¹ El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intenciones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozáini, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

A) Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del *quantum* indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.

B) Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del "proyecto de vida matrimonial"; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan trucas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.

11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

98.- En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvención se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

99.- Como puede apreciarse de la reconvención, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un préstamo dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US\$.6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvención la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvención, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

100.- La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvención, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

101.- En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvención y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no sólo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvención, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvencional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil.

12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL.

102.- El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República¹⁴² de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

¹⁴² El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

IV. FALLO:

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

Primero. Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre del 2010, expedida por la Sala Civil de San Román – Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.,

Segundo. Así mismo, declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.
2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

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

3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

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

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

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

4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

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

5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo.

SS.


LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON


RAMIRO DE VALDIVIA CANO



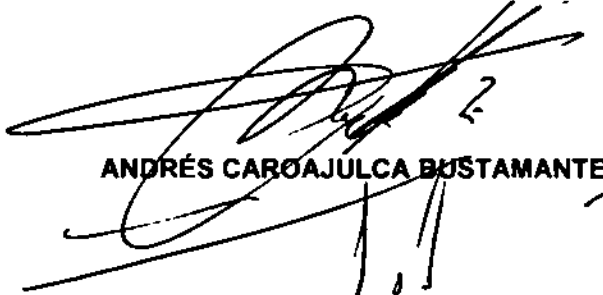
**Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil**



VÍCTOR TICONA POSTIGO



ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ



ANDRÉS CARVAJULCA BUSTAMANTE



SABINO LEÓN RAMÍREZ



JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA



RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA



FRANCISCO MIRANDA MOLINA




ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ



Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora

LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:



En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

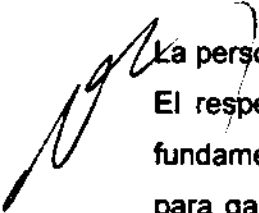


Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.



La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos sólo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades —lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas—.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirlas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.





Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas.

Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas sólo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. Laborem exercens, 19: AAS 73 1981)

III.- LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3.a) La solidaridad como principio social

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, "la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos". (Juan Pablo II, Carta enc. Sollicitudo rei socialis, 38:1988 565-566).

3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

3.c) Solidaridad familiar

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9).

También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio"; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

a) Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.

b) Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece.

Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

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

3.- El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.

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

5.- Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

Ramiro V Cano

Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO


Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora