

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**LA INDEMNIZACIÓN POR INESTABILIDAD ECONÓMICA
TRAS LA SEPARACIÓN DE HECHO: CRITERIOS PARA LA
IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE MÁS PERJUDICADO**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO
CIVIL

ASESORA:

SILVIA ROXANA SOTOMARINO CÁCERES

JURADOS:

JOSÉ LUIS GABRIEL RIVERA

GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO

AUTOR:

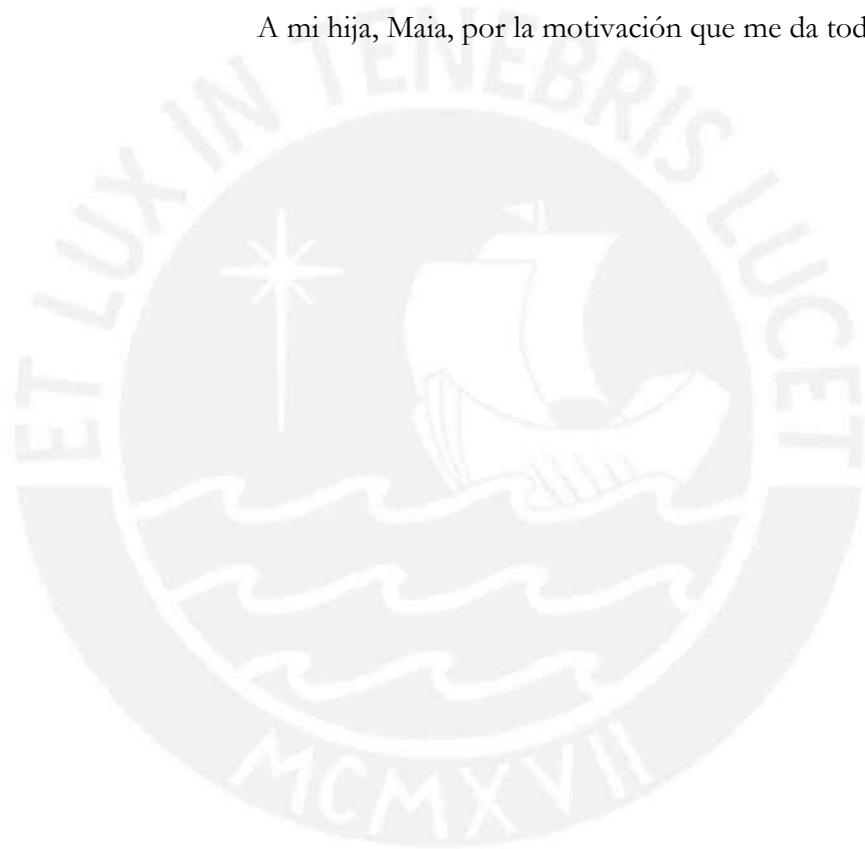
ANGEL ALFREDO CALISAYA MÁRQUEZ

LIMA, 2016

A mis padres, por estar siempre conmigo.

A mi hermana Gina, por su apoyo incondicional.

A mi hija, Maía, por la motivación que me da todos los días.



INTRODUCCIÓN

La elección de un tema de investigación en materia civil resulta un trabajo arduo, no por la escasez, sino por la abundancia. Dentro de ese mar de problemas de investigación optamos por investigar uno de derecho de familia sobre el cual se ha escrito mucho. Sin embargo, sobre este tema, a pesar de su número, observábamos que las investigaciones se dirigían más a la determinación de la naturaleza jurídica y a aspectos procesales que a una pregunta básica: ¿Quién es el cónyuge más perjudicado?

Además del ánimo de esta investigación de cubrir un vacío en las investigaciones en nuestro país, ánimo de suyo bastante pretencioso en lo académico por la calidad de académicos en derecho de familia que se desempeñan en nuestro medio, había algo más que nos motivaba. Del estudio de las sentencias en nuestro país observamos que las mismas no cumplen con la finalidad propuesta por el artículo 345-A del Código Civil la cual es “velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado”. Con la distorsión de la finalidad, con su errónea reconducción a los predios de la responsabilidad civil, se otorgan indemnizaciones que, sin duda alguna, quedan cortas para alcanzar el objetivo de la institución. Por ello consideramos que, comprendiendo correctamente la naturaleza, la función y, sobre todo, respondiendo a la pregunta que nos hemos formulado, se podrá ir, de a pocos, otorgando indemnizaciones que guarden relación con el espíritu del artículo 345-A del Código Civil.

Así nos inclinamos por investigar la indemnización por inestabilidad económica regulada en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil. Pero para esta investigación no es objetivo primario desentrañar la naturaleza jurídica, aunque es una discusión ineludible, sino su objetivo principal es responder a la pregunta sobre quién es el cónyuge más perjudicado, el cónyuge que sufre la inestabilidad económica.

Ahora bien, para llegar a dicha respuesta debemos analizar en qué contexto se introdujo la indemnización por inestabilidad económica. Por ello, en el capítulo I, caracterizaremos el régimen de divorcio en el Perú, analizaremos la evolución de este régimen, incluyendo el debate parlamentario que desembocó en la introducción de la separación de hecho; luego estudiaremos la separación de hecho, sus principales características, sus diferencias con otras causales y sus efectos propios. De este capítulo se podrán extraer antecedentes históricos de la indemnización estudiada, así como el marco dentro del cual tiene aplicación.

De igual forma, resulta relevante para la respuesta de la pregunta que nos hemos formulado la determinación de las principales características de la indemnización por inestabilidad económica. Así, en el segundo capítulo, expondremos las distintas posiciones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización estudiada; de igual forma, asumiremos posición en torno a una de ellas. También, con base en un análisis exegético y con el apoyo del derecho comparado, y con la determinación de la naturaleza jurídica, anotaremos algunas deficiencias en la regulación de la indemnización por inestabilidad económica en el Perú, las que son abundantes y que, en algunos casos, pueden ser motivo de desprotección al cónyuge más perjudicado.

La tesis no solo despliega un análisis de la jurisprudencia dictada en torno al tema, sino que precisa los criterios que deberían establecerse. Esto se trata en el tercer capítulo de la presente investigación. Dichos criterios se relacionan con la existencia de la inestabilidad económica la que es determinada y, en consecuencia, se fijan los criterios que permiten identificar al cónyuge más perjudicado por la separación de hecho. Para ello analizamos la

evolución de los criterios que se han utilizado en nuestros tribunales, dividiendo el tiempo entre antes y después del tercer pleno casatorio civil. Luego de esta evolución, y habiendo observado cómo se desarrolla la indemnización en países de la misma familia jurídica y con un régimen de divorcio similar (Francia y Chile), sugerimos algunos criterios para la determinación de la inestabilidad económica y para la identificación del cónyuge más perjudicado por la separación de hecho y el divorcio en sí mismo.

Con esperanza en que esta investigación pueda contribuir al mejor entendimiento de la institución en nuestro país y con la utilidad social que ello supondría, dejamos a consideración del lector los resultados de nuestra investigación.



Capítulo I

El divorcio por la causal de separación de hecho

1. Definición de divorcio

Al ser una institución tan importante del Derecho de Familia, las definiciones del divorcio son abundantes. Por ejemplo, observemos las siguientes definiciones y saquemos algunas conclusiones:

Para el profesor francés Jean Carbonnier: “el divorcio consiste en la disolución de un matrimonio válido, en vida de los cónyuges (*divertere*, irse cada uno por su lado)”. (Carbonnier 1961: 153).

En el Perú, para el ponente del libro de familia del Código Civil de 1984, el profesor Cornejo Chávez: “el divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro”. (Cornejo 1999: 323)

Observando estas definiciones podemos decir que entre los efectos del divorcio encontramos la disolución del vínculo matrimonial y la recuperación de la aptitud nupcial. Asimismo, podemos anotar algunos requisitos del divorcio como son que los cónyuges estén vivos y que se trate de un matrimonio válido. Incluso podemos establecer cómo es que se obtiene: a través de un trámite más o menos lato.

De mayor precisión, aunque un poco fuera de lo común, resulta la definición de Martín Wolff al establecer que: “el divorcio es denuncia del matrimonio (...) es un supuesto de hecho “espaciado”, que se compone de una declaración de voluntad formalizada (la demanda de divorcio) y un acto estatal (la sentencia firme)”. (Wolff 1941:223). El profesor alemán Wolff establece que el divorcio es un supuesto de hecho, es decir, la hipótesis que contiene la norma jurídica que de verificarse en la realidad desencadena la consecuencia jurídica. Pero este supuesto de hecho no se va a realizar de una sola vez, sino que va a estar constituido por dos elementos (demanda y sentencia) que usualmente se encuentran separados en el tiempo, ello explica que se refiera al divorcio como supuesto de hecho espaciado. Como todo supuesto de hecho, como elemento de una norma jurídica, va tener una consecuencia jurídica. Esa consecuencia jurídica se refleja en la parte que Wolff hace mención a la denuncia de matrimonio, es decir, terminación del matrimonio. En consecuencia, el divorcio en concepto de Martín Wolff es supuesto de hecho espaciado en el tiempo, compuesto de una declaración de voluntad formalizada (demanda de divorcio) y un acto estatal (sentencia firme), que tiene como consecuencia la denuncia (es decir, la finalización, la terminación) del matrimonio.

Teniendo en mente las observaciones hechas por los maestros, definimos el divorcio como la disolución del vínculo matrimonial (se entiende válidamente constituido) que se da en vida de los cónyuges y que es pronunciada por la autoridad competente (notario, alcalde o juez, según corresponda), ya sea por iniciativa de uno de los cónyuges (divorcio por causal) o por iniciativa conjunta (separación convencional y divorcio ulterior).

2. Clasificación del divorcio

Existen diversos tipos de divorcio que son de uso común en la doctrina. Entre ellos podemos encontrar las siguientes clasificaciones:

2.1 Divorcio causado e incausado

2.1.1 Causa

Es necesario antes de abordar esta clasificación determinar qué se entiende por causa, también conocida como causal. Para el profesor peruano Quispe Salsavilca las causales son

“hechos previstos por la legislación para que conjuntamente con la declaración de voluntad del cónyuge perjudicado formalizado en una demanda legitimen como justa el pronunciamiento sobre el decaimiento o disolución del vínculo por parte del Juez”. (Quispe 2002: 72)

También se ha dicho que las causas “son supuestos de hecho que, en definitiva, implican una grave violación de los deberes del matrimonio”. (Plácido 2001:43)

El común denominador de las definiciones de causal es que se trata de hechos previstos en la norma que justifican la disolución del vínculo matrimonial.

2.1.2 Divorcio causado o con expresión de causa o causalista

Esta concepción del divorcio se basa en la idea que el matrimonio es una institución perpetua por naturaleza y el divorcio no es sino un remedio a situaciones excepcionales. (Planiol 1939: 383)

En este tipo de divorcio, la declaración de disolución del vínculo matrimonial sólo será viable cuando uno de los cónyuges o ambos expresen y prueben ante el juzgador la razón por la que se desean el divorcio.

Dentro de este tipo de divorcio se incluyen el divorcio remedio y el divorcio sanción, que serán tratados posteriormente.

2.1.3 Divorcio incausado o sin expresión de causa

Para el profesor argentino Mizrahi (1998: 220):

“en el divorcio sin expresión de causa (incausado) no se exige la prueba de la culpa ni del desquiciamiento matrimonial; es decir, se atribuye fuerza vinculante al solo pedido de uno o ambos cónyuges, sin necesidad de invocar causas al tribunal.”

En este tipo de divorcio no es necesario alegar causa alguna. Sin embargo, ello no significa que la causa del divorcio no exista (siempre hay una), sino que ésta quedará en la intimidad. En este tipo de divorcio es la voluntad de ambos o uno solo de los cónyuges, conjuntamente con el acto estatal (en el caso peruano, dictada por Juez, notario o alcalde), la que tiene el poder de disolver el vínculo matrimonial.

Como se puede inferir de lo dicho este tipo de divorcio va a admitir a su vez una subclasificación. Divorcio incausado unilateral y divorcio incausado consensual o por petición de ambos cónyuges.

El divorcio incausado unilateral ha sido usualmente denominado como divorcio repudio por el cual “consiste en la facultad, ya del marido, ya de la mujer, de alejar de sí a su consorte sin expresión de causa”. (Ramos 1990: 74)

Sin embargo, el divorcio incausado unilateral al que nos referimos en esta oportunidad no está relacionado con facultad exclusiva, como un privilegio, de uno solo de los cónyuges (solo al hombre, como sucede en los países islámicos, o solo a la mujer, como sucedía, aunque con limitaciones, en el Código Civil uruguayo en el artículo 187.3, hasta la publicación de la ley 19075 del 09 de mayo del 2013, que introduce el matrimonio igualitario y, en consecuencia, concede la facultad a cualquiera de los cónyuges ya no solo a la mujer) sino que es una facultad otorgada a ambos, facultad que puede ser ejercitada de manera unilateral o conjunta. Se precisa ello con el objeto de marcar distancia con el repudio propiamente dicho que normalmente es concedido a uno solo de los cónyuges (ya sea hombre o mujer) donde reconocemos una discriminación por razón de sexo que resulta intolerable para nuestra cultura jurídica.

En cuanto al divorcio incausado consensuado es aquel por el cual entre los cónyuges media acuerdo, en consecuencia, el magistrado se limita a verificar el cumplimiento de los plazos mínimos estipulados y la autenticidad de la voluntad declarada por los cónyuges. (Mizrahi 1998:220)

2.2 Divorcio sanción y remedio

Esta es la clasificación que más atención ha recibido en nuestra doctrina y su relevancia resulta innegable para efectos de nuestro trabajo. Sin embargo, es necesario advertir que esta clasificación resulta siendo de menor amplitud que la precedente, puesto que las categorías de divorcio sanción y divorcio remedio se encuadran dentro del divorcio causado.

2.2.1 Divorcio sanción

Para Carbonnier (1961:159) la primera forma de entender el divorcio es considerando que consiste en una sanción, “por entender que todo

divorcio comporta la existencia de una falta y, por ende, sólo hay lugar a la disolución vincular cuando exista un cónyuge inocente y otro culpable, víctima de la infracción imputable al primero”.

Para los profesores argentinos Bossert y Zannoni (2000:331):

“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, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a causas taxativamente enumeradas por la ley. (...) Si los hechos no fueren probados, el juez debe desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. En síntesis, la sentencia exige la prueba de la culpa de una o de ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos”.

Refiriéndose a las causales culposas en las que se basa el divorcio sanción Quispe Salsavilca (2002:73-74) dice:

“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. (...) [L]as causales culposas no hacen referencia a situaciones objetivas sino a actitudes, conductas que revelarían una intencionalidad calificada como moralmente negativa por el legislador y que se ocasionaría un daño al cónyuge inocente”.

Como se aprecia de las definiciones citadas, el divorcio sanción se caracteriza por su ascendencia penalista, si se nos permite el término y la comparación; es decir, para que se configure el divorcio sanción uno de los cónyuges debe infringir uno de los supuestos previstos en la norma (causal – tipicidad), esta infracción supone violación grave a los deberes matrimoniales (antijuridicidad), y además esta infracción tiene que ser intencional (culpabilidad).

Como es de advertir en la cita a Quispe el divorcio sanción admite a su vez dos formas de regulación, a través de un catálogo causal o mediante una formulación genérica, formas que inmediatamente desarrollaremos.

2.2.1.1 Divorcio sanción regulado por catálogo causal

Es la regulación más tradicional de divorcio sanción, por la cual existe la necesidad de que un cónyuge atribuya al otro algún hecho ilícito de los comprendidos en una enumeración taxativa que formula la ley. En esta forma de regulación el divorcio queda “encerrado” en una enumeración detallada y casuística que pulcramente determina el ordenamiento. (Mizrahi 1998: 194)

Esta forma de regular el matrimonio “consiste en la enunciación legislativa de hechos que pueden dar causa a la separación personal y al divorcio vincular; con ello se excluye todo otro motivo para el mismo, y la enumeración legal (...) tiene carácter taxativo”. (Plácido 2001b: 39)

Es la regulación que actualmente predomina en nuestro ordenamiento; por ejemplo, son causales taxativas el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, el abandono injustificado. Aunque existen causales que invitan a pensar que en nuestro ordenamiento se regula también de manera genérica a modo de cláusula normativa general; ello pasa, principalmente, con la causal de injuria grave.

2.2.1.2 Divorcio sanción regulado como formulación genérica

Carbonnier (1961: 159-160) indica que, al catálogo causal anteriormente mencionado y que él llama “causas especiales”, se puede contraponer:

“la causa general e indeterminada representada por la causa, que juega como motivo comprensivo y amplísimo. La injuria supone un concepto sumamente elástico del que se ha venido sirviendo la jurisprudencia en calidad de “*clausula generalis*”, desnaturalizando un tanto la enumeración casuística de las demás causas, pues el actor puede basar en ella su acción cuando concurren los elementos integrantes de algunos de los motivos restantes”.

En Argentina, comentando la legislación de su país, antes de la reforma, Bossert y Zannoni (2000:335) indican que: “las causales específicamente enunciadas en el artículo 202, no son sino diversos actos que presentan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de deberes morales y materiales que impone el matrimonio.”

En ese sentido, los profesores argentinos proponen: “Bien podría haberse reducido, como causal subjetiva, la enumeración del artículo 202 a las injurias graves, o, lo que sería más acertado, haberse acudido a una fórmula enunciativa general, referida a la violación de los deberes que derivan del matrimonio.”

En nuestro medio Plácido indica que en un “sistema legislativo de indeterminación”, como él lo llama, se “valora como causales de separación personal y divorcio vincular a todos lo[s] hechos que, a criterio del juzgador, deben conducir a la declaración del mismo”. (Plácido 2001:39)

La crítica que se podría hacer a esta forma de regular el divorcio, a nuestro entender, pasa por dos puntos.

El primero: es cierto que todas las causales culposas de divorcio reguladas en nuestro Código Civil constituyen graves violaciones a los deberes que impone el matrimonio; sin embargo, pretender reducir cada una de las causales de divorcio a una sola causal genérica dejaría de lado la clásica separación entre causales perentorias y facultativas, que nos enseña la doctrina francesa. En efecto, Carbonnier (1961:161) nos enseña que para determinar la perentoriedad de una causal “el criterio más inmediato viene expresado por el dato de que el juzgador carece de facultades de apreciación para estimar o repeler la acción de divorcio”. En cambio, en las causales facultativas el juzgador de instancia tiene amplísima libertad de criterio para determinar no solo la gravedad, sino también la existencia de las graves violaciones alegadas (Carbonnier 1961:164). En ese sentido, si es que se formulase una causal genérica en nuestro ordenamiento, incluso el adulterio, no consentido ni provocado, debidamente acreditado en el proceso, podría ser sometido al criterio jurisdiccional, a fin de que éste determine la gravedad o no de dicha violación al deber de fidelidad.

El segundo punto por el cual podemos criticar esta opción legislativa no es un punto distinto al primero, sino uno complementario, y es que usualmente en nuestro país las cláusulas normativas generales son usadas pésimamente o simplemente no son usadas. Esto es graficado por León (2004: 303-304) quien indica que

“los artífices del Código Civil peruano han importado, consciente o inconscientemente, “cláusulas normativas generales”; en otras palabras, en nuestro medio también se habla de “buena fe”, de “buenas costumbres”, de “orden público, etc.

Sin embargo, transcurridos veinte años de vigencia del texto- ¡qué no son pocos! - ninguna de tales cláusulas ha tenido, ni siquiera ínfimamente, el desarrollo que sí han alcanzado en otros ordenamientos.

(...)

En la reforma del Código Civil que se está preparando se debería reducir al mínimo el empleo de las cláusulas normativas generales, y preferir a ellas, una regulación detallada y puntual de figuras que han brillado por su ausencia en la jurisprudencia de los últimos veinte años. El juez peruano ha demostrado ser uno que necesita normas precisas para construir su discurso, porque parece tener el temor a asumir, a plenitud, su condición de intérprete de las leyes, o como reza la muletilla, de “creador del derecho”.

En ese sentido, corremos el riesgo que una cláusula normativa general de divorcio que contenga a todas las “graves y/o reiteradas violaciones a los deberes matrimoniales” quede inoperativa como ha sucedido con otras, como lo expresa el Dr. León.

2.2.2 Divorcio remedio

Si bien esta corriente tuvo su origen en los países nórdicos en los años 20, tal y como lo señala Rubellin-Devichi (2001:298), lo cierto es que las noticias en torno al divorcio remedio nos llegan desde Francia. Así, cuando la causal de enfermedad mental fue introducida en el régimen de disolución del vínculo matrimonial de Francia se suscitaron diversas controversias. Y ello resultaba razonable ya que en la época la concepción del divorcio como sanción era predominante.

Sin embargo, para abordar la controversia suscitada por la enfermedad mental, que no encajaba en los parámetros que se tenían para el divorcio de la época, se dijo que se debía optar entre dos concepciones de divorcio: La primera referida al divorcio entendido como sanción, de la misma forma como lo hemos descrito en el literal anterior. Sin embargo, sobre esta concepción de divorcio, aplicada al caso del enfermo mental, se decía que “el sistema francés no dejaba evidentemente lugar para la enajenación mental: no se puede hacer ningún agravio al desdichado demente”.

Como la enajenación mental no encajaba dentro de la concepción del divorcio sanción fue necesario que se estudie otro punto de vista. En ese sentido se dijo:

“en otra concepción, aparece el divorcio como el desenlace de una situación sin otra salida humanamente posible, y cuando el matrimonio no puede ya realizar el objeto en vista del cual se ha contraído; es éste el sistema objetivo; estando alterada en su esencia la relación conyugal, su ruptura se impone, sin que haya por qué ocuparse de si se ha o no cometido una falta” (Josserand 1950:153)

Al no existir falta alguna no tiene sentido recurrir a la imputabilidad, rasgo característico del divorcio sanción. En un supuesto de divorcio remedio no tiene sentido hablar de cónyuge culpable y cónyuge inocente. Simplemente, lo que se busca es dar solución a la alteración de la esencia de la relación conyugal.

Resaltan lo dicho en el párrafo precedente Bossert y Zannoni (2000: 330-331) al indicar:

“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”.

Esta concepción de divorcio se encuentra presente en nuestro ordenamiento desde el momento mismo de la entrada en vigencia de la ley 6890 que, con la técnica jurídica de la época, establecía en su artículo dos que “el divorcio (...) producirá los mismos efectos de la nulidad”. Entre las causales de divorcio que contemplaba la mencionada ley encontramos, entre otras, la locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación. A esta causal, ya regulada desde 1930, no le podía ser aplicable el concepto de divorcio sanción, sino que se deberá entender como divorcio remedio.

Ahora bien, Quispe (2002:105) explica de manera adecuada la presencia del divorcio remedio en el ordenamiento nacional:

“Téngase presente que durante todo este periodo previo a la ley 27495 las causales de divorcio remedio han sido establecidas previa y taxativamente en nuestra normatividad, no siendo necesario en ninguno de los casos una evaluación o calificación por parte del operador jurisdiccional de la situación de ruptura del matrimonio sino simplemente una subsunción del hecho a la causal previamente establecida. De esta manera ha sido la situación objetiva prevista en la ley lo que tradicionalmente se ha entendido por divorcio remedio en nuestro sistema de plurimodelo”.

Así como el divorcio sanción, el divorcio remedio admite dos formas de regulación mediante una lista cerrada o mediante una cláusula abierta.

2.2.2.1 Divorcio remedio regulado en una lista cerrada

En este caso la ley, casuísticamente, establece tipos objetivos de manera taxativa que, una vez comprobados, obligan al juez a decretar el divorcio. (Mizrahi 1998:208)

Entre estas causas taxativas se han mencionado la separación de hecho, la alteración mental, las enfermedades venéreas y contagiosas, la impotencia, la homosexualidad acaecida después de celebrado el matrimonio, dependencia alcohólica y la drogadicción. (Ramos 1990:78)

2.2.2.2 Divorcio remedio regulado mediante cláusula normativa general

En este caso se delega al juez la facultad de determinar el contenido de la cláusula normativa general. La ventaja de este sistema es que permite abarcar un cúmulo de situaciones que difícilmente podrían ser previstas en el ordenamiento de manera casuística. (Mizrahi 1998:209)

Quispe habla en este caso de un *numerus apertus* en el cual:

“se replantea la labor del juez como examinador. No es que evalúa los hechos a fin de subsumirlos en causales objetivas preestablecidas en la norma legal, sino que califica la presencia de un matrimonio como sano o al menos que pueda ser salvado. (...) La labor del Juez va más allá de la evaluación del carácter irreversible de un hecho objetivo como la separación de hecho o de otro comportamiento de carácter potestativo. Se considera que la relación matrimonial es demasiado compleja para aplicar criterio objetivo para el establecimiento de causales de divorcio, por el contrario, es el juez quien debe verificar si dicha relación se ha roto o no”. (Quispe 2002:103)

En nuestro país, la causal de imposibilidad de hacer vida en común pudo haber sido un referente de esta forma de legislar; sin embargo, como veremos más adelante, por la forma como se reguló esta causal, ésta ha adquirido ribetes de divorcio sanción con lo que ha llegado desnaturalizarla.

3. Evolución del régimen de disolución del vínculo matrimonial en el Perú

Este recuento histórico tiene por objeto mostrar cómo, a lo largo de nuestra República, el divorcio se ha encontrado en constante cambio, y de igual forma, los remedios que en distintas épocas se han adoptado para proteger el cónyuge más débil luego del divorcio, los cuales constituyen antecedentes de la indemnización que estudiamos. Para todo ello, nos concentraremos principalmente en el dato positivo, aunque, qué duda cabe, reconocemos la importancia de los proyectos, tesis, artículos periodísticos y entretelones históricos que engendraron cada una de las leyes a las que aquí hacemos referencia. Además, hacemos una pausa para analizar las diversas propuestas que permitieron en el año 2001 introducir en nuestro país la causal de separación de hecho y sus consecuencias, lo que nos permitirá conocer el origen del artículo 345-A del Código Civil.

3.1 Código Civil de 1852

La regulación del matrimonio que quedó finalmente plasmada en el Código Civil de 1852 fue producto de posiciones encontradas entre liberales y conservadores. La posición liberal sostenía que el matrimonio era un contrato consensual para efectos civiles; asimismo se indicaba que las causas matrimoniales eran competencia de los jueces civiles. La posición conservadora, por el contrario, señalaba que el matrimonio era indisoluble y que las causas matrimoniales de nulidad y divorcio eran competencia de los tribunales eclesiásticos. (Ramos 2001:289-294)

Por ejemplo, en la primera comisión reformadora del Código Civil definió de manera liberal el matrimonio “como un contrato consensual por el cual un hombre y una mujer se unen en sociedad con el objeto de procrear y educar a sus hijos y prestarse recíprocos auxilios.” En esta definición no se dejaba sentado que el matrimonio fuese indisoluble, dejando abierta la posibilidad del divorcio vincular. Ello motivó que, a pesar de haber sido aceptada en un principio, parte de la comisión varíe su posición proponiendo un proyecto más conservador en el que se definiera al matrimonio como un

contrato consensual por virtud del cual un hombre y una mujer se unen en sociedad indisoluble y de por vida. (Ramos 2006:322-323)

Finalmente, luego de las disputas entre las posiciones liberales y conservadoras, se terminará plasmando una posición conservadora en el Código Civil de 1852 en la que el matrimonio deberá celebrarse conforme a las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento (artículo 156); agregando que “los que sin observar las solemnidades de la Iglesia sorprendan al sacerdote para celebrar matrimonio” serán castigados conforme al Código Penal (artículo 157). En consecuencia, este matrimonio “une perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana” (artículo 132).

Además, sometía las causas relativas al matrimonio y al divorcio a los tribunales eclesiásticos; mientras que los jueces seculares se encargarían de los esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, de las causas sobre efectos civiles del matrimonio y divorcio, etcétera.

No vaya a confundirse aquí el término divorcio ya que para el Código de 1852 el divorcio “es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”. A dicho efecto el Código de 1852 establecía un elenco de causas que “definirían el rumbo causalístico del divorcio en el Perú” ya que los códigos civiles de 1936 y 1984 reproducirían el edificio legal construido por el viejo código civil de 1852. Este divorcio causado “es quizás uno de los más clamorosos casos de subsistencia institucional durante la época republicana”. (Ramos 2001:294)

Como antecedente de la institución a la cual se dirige esta tesis, el artículo 213 del Código Civil de 1852 establecía que

“Si se declara el divorcio por culpa del marido, y la mujer no tiene bienes propios ni gananciales, el juez podrá asignar a favor de esta, sobre los bienes o industria del marido, una pensión alimenticia que sea proporcionada a ellos, pero que nunca exceda de la cuarta parte de sus rentas. Esta disposición no exime al marido de la obligación de alimentar a los hijos, conforme al artículo 210”.

De igual forma, el artículo 214 establecía que “lo dispuesto en el artículo anterior será extensivo a favor del marido en caso de declararse por culpa de la mujer, si esta fuera rica y el marido pobre”.

De ello se colige que, en principio, según el Código de 1852, el divorcio de aquella época, que en términos actuales es la separación de cuerpos, suponía la suspensión del deber alimenticio; sin embargo, dadas determinadas circunstancias, procedía la fijación de una pensión alimenticia. Así, la culpa con respecto al divorcio del cónyuge deudor alimentario, sumado a sus posibilidades, así como las necesidades del cónyuge inocente acreedor alimentario, determinaban la no suspensión del deber alimentario durante el divorcio de la época. Se aprecia entonces que, si bien buscaba proteger al cónyuge necesitado luego del denominado divorcio, primordialmente, se trataba de una sanción por haber dado lugar al divorcio. Ahora bien, como se ha dicho la normativa buscaba cubrir necesidades, objeto propio de las

obligaciones alimentarias, y no reequilibrar situaciones patrimoniales, como lo busca el actual 345-A del Código Civil actual.

3.2 Ley del matrimonio civil del 23 de diciembre 1897

De la misma manera que el Código de 1852, esta ley sería producto de posiciones antagónicas. Por un lado, aquellos que propugnaban a favor del matrimonio civil, esgrimiendo como argumento el favorecimiento de la inmigración, además de la libertad de culto. Sostenida esta posición también por una abundante producción jurídica, principalmente tesis sanmarquinas, que argumentaban a favor de la secularización del matrimonio. (Ramos 2006:278-287)

En cuanto al lado opositor a la ley, resultan interesantes las posiciones que se postulaban en su momento, porque esos mismos argumentos (estabilidad de la institución familiar, libertinaje, caos familiar, desprotección de los hijos) siempre serán repetidos cada vez que una reforma asome. Por ejemplo, el arzobispo de Lima, Manuel Antonio Bandini, se preguntaba: “¿Qué sería una vez establecido el matrimonio civil, que no tiene más firmeza que la voluntad caprichosa de los contrayentes?” Por su parte un sacerdote franciscano, Elías del Carmen Passarell, señalaba que el matrimonio civil no sólo era anticristiano, sino absurdo y antisocial. Conforme a su posición, el matrimonio civil y la libertad de cultos no tenían otra finalidad que volver ateas a las familias y envenenar al hombre desde su nacimiento. Además, se indicaba que iba en contra de los mandatos del concilio de Trento y que era inconstitucional por cuanto el artículo 4° de la Constitución de 1860 establecía: “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna.” (Ramos 2006:294-311)

A pesar del debate filosófico y académico, sería un motivo más mundano el que definiría la aprobación y promulgación de la ley del matrimonio civil. El verdadero factor decisivo resultó ser la presencia de extranjeros no católicos en el Perú. Estos inmigrantes no podrían contraer matrimonio ya que éste estaba reservado para los católicos al celebrarse bajos los ritos del concilio de Trento. El matrimonio que podían contraer, conforme a sus ritos o ante las autoridades consulares de su país, resultaba ineficaz jurídicamente. Es en ese contexto que la presión diplomática empieza a funcionar con el objeto que el matrimonio pueda ser contraído por no católicos y, en consecuencia, surtir los efectos jurídicos correspondientes. Es por ello que “la necesidad de fomentar la llegada de inmigrantes inversionistas – endémica preocupación del Perú republicano- llevaría al asunto del claustro de la especulación teológica al ámbito de los problemas racionales”. (Ramos 2006: 287-294)

Pese a la oposición eclesiástica, y con una renuncia de por medio del presidente del Concejo de Ministros, Eduardo López de la Romaña, la ley fue promulgada por el gobierno de Piérola el 23 de diciembre de 1897. Estableciendo que “el matrimonio de las personas que no profesan la religión católica” se celebrará ante el alcalde del Concejo Provincial del lugar donde

este domiciliado cualquiera de los contrayentes y de dos testigos (artículo 1). Como es lógico, si bien el matrimonio era regulado por las disposiciones del Código Civil de 1852, eran ineficaces, entre otros, los artículos 156 y 157 que establecían las solemnidades del Concilio de Trento (artículo 3). También los juzgados civiles asumirían las causas de separación de cuerpos y nulidad de los matrimonios celebrados conforme a esta ley (artículo 4).

Este fue el primer paso en el camino hacia el divorcio. Si bien esta ley reconocía el matrimonio civil únicamente a los no católicos, el hecho que exista un matrimonio civil distinto al canónico, implícitamente reconocía, en este respecto, la libertad de cultos, y de cierta manera la secularización, aunque sea parcial, de las relaciones matrimoniales. La existencia del matrimonio civil, como veremos, llevaba en su seno el germen del divorcio.

3.3 Decretos Ley 6889 y 6890 de 1930

En los primeros años del siglo XX se empezaba a vislumbrar una perspectiva secular de la familia. El Perú ya contaba con una ley de matrimonio civil para no católicos aprobada en 1897; las mujeres de clase media se incorporaban tanto a la educación media como superior; también el campo laboral, ante la necesidad de mano de obra, abría las puertas al género femenino. Todo esto incidía de todas maneras en las relaciones familiares. “El templo de la indisolubilidad matrimonial reflejaba grietas sensibles en todo el abanico de las clases sociales”. (Ramos 2006: 350-351)

El divorcio absoluto, antes de la dación de la ley de 1930, como no podía ser de otra manera, fue discutido en el ámbito académico. Entre los divorcistas se indicaba que la regulación de la época fomentaba la esclavitud femenina al no poder la mujer librarse del marido tirano, la indisolubilidad era considerada un dogma católico no compartido por otros credos, además que existía una inadecuación entre la realidad y la norma jurídica. Por su parte, entre los antidivorcistas se señalaba que el divorcio desestabilizaba el matrimonio y por ende a la sociedad, además que la indisolubilidad era una de las más sólidas garantías de la moralidad para la familia, los niños caían en el desamparo, y la familia se deslizaba hacia el desconcierto y la anarquía. (Ramos 2006:324-335)

En 1918, se presentarían distintos proyectos a favor del divorcio vincular o absoluto. Luego de debates en ambas cámaras del poder legislativo, el 30 de setiembre de 1920 quedó expedita para su promulgación la ley de divorcio absoluto. Sin embargo, el poder ejecutivo, a través del ministro de Justicia, observó la ley. Corrían los tiempos de Leguía, y el tema no se volvería a discutir durante su Oncenio. (Ramos 2006: 358-359)

Derrocado el presidente Leguía, en agosto de 1930, Sánchez Cerro no tardaría en promulgar el proyecto de 1920 que había quedado en suspenso. Levantó las observaciones hechas por el gobierno derrocado y considerando como “necesidad urgente” sentida por el país promulgaba la ley de divorcio y matrimonio civil obligatorio. Viendo así la luz el decreto ley 6889, del 4 de octubre de 1930; y el decreto ley 6890, del 18 de noviembre del mismo año.

El decreto ley 6889 era lapidario con el matrimonio canónico. Era claro al indicar que “para que el matrimonio produzca efectos civiles” debía celebrarse conforme a la ley del 23 de diciembre de 1897. Es decir, la ley extendía el matrimonio civil ya no solo a los no católicos, sino también a los católicos, quienes si querían que su matrimonio “tenga efectos civiles” debían someterse a las formas establecidas en la ley. Más aun, los párrocos, pastores y sacerdotes tenían que exigir antes de celebrar el matrimonio religioso el certificado de matrimonio civil. En caso de inobservancia, los sacerdotes o pastores sufrirían penas de prisión.

Con ese decreto ley la regulación del matrimonio ya había cambiado ostensiblemente con respecto a lo que era la regulación originaria del Código Civil de 1852. En aquel Código, se recordará, se sancionaba conforme al Código Penal a quien sin observar las solemnidades de la Iglesia sorprendiese al sacerdote para celebrar matrimonio. ¡Cuánto cambió la regulación matrimonial con este decreto ley! Ahora los sacerdotes eran los sujetos activos en este particular tipo penal.

Pero el decreto ley 6889 fue reglamentado por la ley 6890 que tendría también consecuencias importantes. Los tribunales civiles conocerían los juicios de divorcio y nulidad (artículo 2). Además establecía algo de suma importancia al indicar que “el divorcio cuando tenga por causa los motivos consignados en los incisos 1° (adulterio de la mujer), 2° (incontinencia pública del marido), 3° (sevicia o trato cruel), 4° (atentado contra la vida del cónyuge), 10° (ausencia sin causa por más de cinco años), 11° (locura o furor permanente), 12° (enfermedad crónica contagiosa), y 13° (condena a pena infamante) del artículo 192 del Código Civil producirá los mismos efectos que la nulidad” Que el divorcio produzca los mismos efectos que la nulidad no significa otra cosa que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, es decir, el divorcio absoluto se consagraba.

Cabe agregar que, con respecto a los efectos postmatrimoniales entre los cónyuges, no se hace ninguna precisión (el artículo 5 del decreto ley 6890 solo hace referencia al régimen alimentario de los hijos en común), por lo que se entiende que luego del divorcio entre los cónyuges se aplicará lo previsto en el Código Civil 1852.

Como vemos tanto el decreto ley 6889 y la ley 6890 son de suma importancia para la evolución del divorcio en nuestro país. El divorcio absoluto por fin llega a nuestro ordenamiento positivo, si bien es un matrimonio de corte causalista y de cierta manera restrictivo que desde entonces marcará la pauta para los siguientes códigos civiles.

3.4 Ley 7893 del 22 de mayo de 1934

De igual manera como había sucedido con la ley de 1897, cuando el presidente del Consejo de Ministros de la época renunció por la promulgación, esta ley 7893, del divorcio absoluto y matrimonio civil

obligatorio, generaría un temblor político. Así, el entonces ministro de Justicia, José de la Riva Agüero, renunciaba a su cargo dejando claro que:

“(…) es de tal manera grave la instauración de un régimen de disolución familiar, que trascenderá a lo más hondo y esencial del porvenir peruano deshaciendo el propio núcleo de la vida social, vulnera hasta tal punto este sistema de anarquía doméstica mis convicciones religiosas, morales, políticas y extraña para quien no carezca de cierta previsión, tal cúmulo de gérmenes de indisciplina, desautoridad y caótico desenfreno, que protesto en la única forma que me es posible, formulando inmediata e irreversible renuncia de mi cargo.” (Ramos 2006: 366-367)

Pero qué era lo que turbaba tanto al ministro Riva Agüero. Esta ley 7893 ratificaba los ya mencionados decretos leyes 6889 y 6890 que establecían el divorcio absoluto (artículo 1). Además ampliaba las causales por las cuales se podía solicitar el divorcio indicando que “Producirá así mismo, los efectos de la nulidad matrimonial el divorcio que se solicite por mutuo disenso o por los motivos consignado en los incisos 5° [odio capital de alguno de los cónyuges, manifestado por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas] o 9° [abandonar la casa común, o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales] del artículo 192 del Código Civil [de 1852]”

Esta ley expedida por el Congreso Constituyente de 1931, adoptaba el mutuo disenso como causal directa de divorcio. En este respecto, se puede decir que era más radical incluso que nuestra actual regulación que la considera como una causal indirecta, por cuanto previamente se declara la separación de cuerpos y luego, ulteriormente, el divorcio.

Una ley inmediatamente posterior (ley 7894) precisaba que “el derecho de pedir divorcio por mutuo disenso” solo se podrá ejercitar por mayores de edad y transcurridos tres años. Llama la atención que a los menores de edad si se les permitiera casarse, pero no divorciarse.

3.5 Código Civil de 1936

El Poder Legislativo autorizó mediante ley 8305 al Poder Ejecutivo a “promulgar el proyecto de Código preparado por la “Comisión Reformadora del Código Civil”, introduciendo las reformas que estime convenientes (...) pero manteniendo inalterables en dicho Código, las disposiciones que sobre matrimonio civil obligatorio y divorcio contienen las leyes 7893, 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931” (artículo 1).

En cuanto al tema que nos atañe, el divorcio, en una sesión de la comisión, el comisionado Oliveira presentó un anteproyecto sobre la regulación del divorcio en cuyo primer artículo establece: “El divorcio consiste en la separación de los casados, por sentencia judicial, quedando subsistente el vínculo del matrimonio”: (Comisión Reformadora del Código Civil, 1928b:268)

Ulteriormente, podemos mencionar que la Comisión en sesión del 8 de agosto de 1928, aprobó el artículo 1 del anteproyecto al que se ha hecho referencia anteriormente. (Comisión Reformadora del Código Civil, 1928c:256) Con lo que podemos afirmar que la posición de la comisión era favorable a la indisolubilidad del matrimonio. Ello también explica el motivo por el cual la ley 8305 hacía mención expresa a la preservación de la normatividad referida al divorcio, a fin de garantizar la subsistencia del divorcio absoluto, más allá de la posición de los comisionados.

Sin embargo, a pesar de la posición de los comisionados, el Código Civil de 1936 estableció en su artículo 253 que “el divorcio declarado disuelve el vínculo del matrimonio”. Ratificando de esa forma la regulación existente desde 1930 aunque mejorando la técnica ya que no hace referencia a la nulidad del matrimonio, como sí lo hacían las leyes que le precedieron.

Este Código de 1936 contempló las siguientes causales: adulterio; sevicia; atentado contra la vida del cónyuge; injuria grave; abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos; conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común; uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes; enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio; condena por delito a una pena privativa de la libertad mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio; y mutuo disenso.

El profesor Héctor Cornejo Chávez, muy influyente a nivel nacional en el Derecho de Familia por su condición de ponente del anteproyecto del libro de familia del Código Civil de 1984, nos dice al respecto que:

“Cabe anotar la significativa circunstancia de que todos los jurisconsultos que integraron la Comisión Reformadora del Código de 1936 se pronunciaron unánimemente en contra del divorcio vincular, tanto por razones doctrinarias de orden general, cuanto por consideraciones referentes a la realidad nacional”.

Es por ello que afirma el profesor Cornejo que: “La introducción de la figura [del divorcio vincular] en la legislación nacional, si bien cuenta con algunos ilustrados precursores, no fue obra de juristas, sino de políticos”. (Cornejo 1999:335)

Ahora bien, con respecto a los efectos postmatrimoniales entre los cónyuges, al igual que el Código de 1852, se prevé un régimen alimenticio a favor del cónyuge inocente, especialmente a favor de la mujer. Así el artículo 260 establecía que “Si se declara el divorcio por culpa del marido y la mujer no tiene bienes propios ni gananciales suficientes, ni está acostumbrada a subvenir a sus necesidades con el producto de su trabajo lucrativo, el juez asignará en favor de ella una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta de aquél”. Como se puede apreciar, exigía concurrentemente, en primer lugar, la culpa del marido y, en segundo lugar, que la mujer reúna dos características la de no tener gananciales suficientes ni estar acostumbrada a cubrir sus necesidades mediante el trabajo lucrativo.

El artículo 261 regulaba el mismo derecho para el marido, pero con el cual era más exigente: “Lo dispuesto en el artículo anterior regirá a favor del marido en caso de declararse el divorcio por culpa de la mujer si ésta fuere rica y el marido pobre e imposibilitado para el trabajo”. Ahora, no sólo exigía que la mujer tuviese la culpa en el divorcio, sino que además fuera rica, cosa que no se le exige al marido cuando ocupa la posición de deudor, y que el marido fuera pobre e imposibilitado para el trabajo.

De igual forma, el artículo 263 establecía la posibilidad del cónyuge indigente de pedir alimentos así hubiese dado motivos para el divorcio.

De la regulación del Código Civil del 36 se desprende que el legislador usa como principal herramienta para atender los efectos nocivos, desde el punto de vista económico, del divorcio a los alimentos con lo que implica ello (es decir, será aplicable en los casos en los cuales exista necesidad y no necesariamente para reequilibrar situaciones matrimoniales). Además, en el Código Civil de 1936 se aprecia un notable sesgo de género, tomando en consideración los roles sociales predominante en cada uno de los géneros. Así se parte de la premisa que el hombre es el proveedor, en cambio la mujer se dedica a labores del hogar; de ahí que para que la mujer sea obligada a prestar alimentos esta deberá ser rica mientras que el marido deberá estar imposibilitado para el trabajo, es decir, que la valla era mucho más alta.

El fundamento a este derecho alimentario postmatrimonial lo encontraba, correctamente, el profesor Cornejo Chávez (1950:331)

“en que el divorcio no puede convertir en extraños a quienes fueron cónyuges, y, sobre todo, en que sería injusto e inhumano pasar por alto el estado de necesidad, a veces angustioso, en que puede quedar colocada la mujer, pues generalmente su edad, el hecho de su divorcio, los hijos que puede tener y otras razones análogas la ponen en una situación inferior a la que tuvo antes de casarse, desde que no contará con la asistencia de sus padres, tendrá graves obligaciones que cumplir respecto de sus hijos, y habrán disminuido o desaparecido las posibilidades de contraer nuevo matrimonio con distinta persona o de iniciar el aprendizaje de un oficio u otro trabajo cualquiera”.

Con respecto al artículo 261 resulta interesante también el comentario del jurista arequipeño Cornejo (1950:334) al indicar que “huelga explicar que la mayor restricción impuesta al marido se debe a que, dentro de las normales condiciones de nuestra vida social, el divorcio implica más para la mujer que para el varón la amenaza de suscitar un estado de necesidad”.

El régimen del Código Civil de 1936 pasaría al del siguiente Código de 1984, pero con algunas alteraciones, como veremos.

3.6 Código Civil de 1984

Como ya se ha señalado el profesor Cornejo Chávez fue el ponente del libro de familia, cuyo anteproyecto casi sin modificación se plasmó en el texto

original del libro de familia del Código Civil; sin embargo, a la fecha el texto original ha sido modificado introduciendo la indemnización que estudiamos en esta tesis.

Es en su condición de ponente, y por la forma como se gestó el Código Civil vigente, que el profesor Cornejo no tuvo inconvenientes para dejar su parecer personal plasmado tanto en el Código Civil como en la exposición de motivos. En esta última se lee: “El ponente desea dejar constancia expresa de su posición también contraria al divorcio.” Y continúa diciendo: “Consecuente con ella, no plantea innovación alguna que contribuya a robustecer la figura o ampliar sus alcances”. (Revoredo 1985:426).

Nos permitimos un breve paréntesis en el decurso histórico a fin de citar la gráfica (y crítica) descripción que hace el Dr. Leysser León (2004:150) de la forma en cómo se trabajó el Código Civil y que permitió que las improntas personales se plasmen casi sin filtro alguno en nuestro Código Civil:

“La “peruanidad” también se constata en la historia de nuestro Código Civil, hecho a pedazos, en una frankensteineana reunión de normas extranjeras por parte de académicos y políticos que se limitaron a hacer “su parte”, sin buscar jamás la concordancia con cuanto iban escribiendo los demás redactores: el libro a las personas, es de influencia italiana; el libro sobre el acto jurídico es seudofrancés en su denominación, alemán en su primera norma (con pinceladas inspiradas en el Código Civil de Brasil de 1916) e italiano en su estructura interna; el libro sobre la familia tiene alguna cercanía con la doctrina y legislación españolas (a las que ninguno de los demás legisladores prestó atención prioritariamente, y era justo que así fuera), pero los esponsales son regulados conforme a las prescripciones del Código Civil italiano, y se abusa de las llamadas normas “de aplicación progresiva”, que bien haríamos en calificar de declaraciones demagógicas (defecto atribuible a la visión más política que jurídica de su redactor); el libro sobre la sucesiones es el más variopinto de todos, y por lo mismo, el de peor estructura interna; el libro de derechos reales tiene pasajes de gran originalidad, pero resulta totalmente inconexo y no concordante con el resto de las disposiciones; tenemos una normativa mayoritariamente afrancesada sobre las obligaciones en general y la responsabilidad extracontractual, y un italianizado tratamiento del contrato en general, de los contratos típicos, y de las demás fuentes de las obligaciones; y el triste repertorio puede proseguir”.

Cerrando paréntesis, las causales previstas en el texto original del Código Civil de 1984 eran: adulterio, sevicia, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado de la casa conyugal, conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio, homosexualidad sobreviniente al matrimonio, condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio y el mutuo disenso. Se aprecia que las causales contempladas por el Código de 1984 fueron casi las mismas que

las del código anterior, es por ello que entre el Código Civil de 1936 y el de 1984 podemos afirmar que la evolución del divorcio se detuvo.

Con respecto a los efectos postmatrimoniales del divorcio, se sigue la tendencia del Código de 1936, esto es la utilización de los alimentos como principal herramienta para combatir los efectos económicos nocivos del divorcio, con las limitaciones que ello implica. Sin embargo, ya no se hace el distingo entre varón y mujer, sino simplemente se habla del cónyuge, sea este hombre o mujer, tiene derecho a solicitar los alimentos siempre que el otro cónyuge haya tenido culpa en el divorcio y además el que los solicita “careciere de bienes propios o de ganancias suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio”.

3.7 Principales proyectos de ley a favor de la introducción de la separación de hecho como causal directa o indirecta del divorcio¹

- **Proyecto N° 1716/1996**

Este proyecto, presentado por Daniel Estrada Pérez, es mucho más elaborado que los anteriormente reseñados. En efecto, en sus fundamentos contiene la siguiente definición

“La separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal, que puede ser producido por uno o los dos cónyuges, pero de manera voluntaria y con inequívocas demostraciones del deseo de mantenerlo. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, que innegablemente quiebra la institución matrimonial e impide su funcionamiento regular a través de la destrucción de las debidas relaciones que la ley establece y que los esposos se obligan a cumplir”.

Además, indica que lo relevante en la separación de hecho “es la voluntad demostrada, expresa o tácitamente, para no seguir con las obligaciones del matrimonio”.

De igual forma resulta interesante la motivación que hace con respecto al plazo que propone (02 años) para que la separación de hecho sea considerada causal de separación de cuerpos o divorcio. Indica que es necesario que la situación fáctica sea estable en el tiempo por lo que propone que dicha situación se mantenga por lo menos por dos años e indica que para proponer dicho plazo “se ha tenido en cuenta que el Código Civil fija también dos años en las causales de separación, cuando se trata de abandono injustificado de la casa conyugal y para la separación convencional”, guardando coherencia con el tratamiento de situaciones análogas.

¹ Los proyectos han sido tomados de la página web del Congreso de la República <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf> (visitada por última vez el 02 de junio del 2014)

En la exposición de motivos de su proyecto, de igual forma, hace referencia al carácter objetivo indicando que debe ser causa de divorcio la separación de hecho “sin que sea necesario expresar motivos, sino únicamente la probanza del paso del tiempo en tal situación, pues la separación de hecho es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida común”.

Propone, como ya se adelantó, que la separación de hecho sea considerada como causal cuando sea de dos años continuos. No se hace ninguna referencia a la existencia o no de hijos. De igual forma, permite la invocación de hecho propio. Además, propone como vía procedimental para su sustanciación la vía sumarísima.

Lo que se puede rescatar de este proyecto es la manera como fue fijado el tiempo de separación de hecho. Como se dice corrientemente: todo plazo es siempre arbitrario, pero hay que fijarlo. En este caso, el congresista Estrada fundamenta la fijación del tiempo de separación de hecho relacionando ésta con otras “situaciones análogas”, como las califica, la separación convencional y el abandono injustificado, lo que nos parece correcto. Este plazo de dos años, al final de cuentas, se mantendría como base del actual texto del numeral 12 del artículo 333 del Código Civil, pero cuando no existan hijos menores de edad.

- **Proyecto de ley N° 1729/1996**

Ingresado con fecha 05 de setiembre de 1996, rubricado por Roger Cáceres Velásquez, es un proyecto que, con respecto a nuestro tema, propone su incorporación cuando la separación de hecho sea por el término de dos años, pero con dos condiciones: 1° Que solo hubiere vínculo civil y 2° no hubiere en el matrimonio hijos menores de 14 años. Además, se propone como vía procedimental la sumarísima, no solo para la separación de hecho, sino para todas las demás causales, siempre que no haya hijos menores de edad.

Se echa de menos la fundamentación de este proyecto. Además, llama atención que una de las condiciones para que se configure la separación de hecho sea que los cónyuges solo estén enlazados por vínculo civil. Se debe entender, según el texto del proyecto, que en caso tengan vínculo religioso, la separación de hecho no sería factible. Este proyecto pretende de cierta forma conjurar las críticas que se hacían desde el sector religioso, con respecto a lo que se llamaba “divorcio unilateral” o “divorcio repudio”.

- **Proyecto de ley N° 2107/1996**

Presentado tan solo meses después (21 de octubre de 1996) por el mismo congresista Cáceres Velásquez, este proyecto resulta de menor entidad que el anterior puesto que solo propone que “se tendrá como separación convencional, el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernocten permanentemente por separado, sin relación marital entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio”.

Lo que puede rescatarse de este proyecto es que hace referencia a una situación que hasta ahora es debatida, como lo hemos visto; esto es, si la separación de hecho puede configurarse incluso cuando los cónyuges comparten el mismo techo, pero nada más (habitaciones separadas, nada de vida en común, no hay vida conyugal, etc.). Adelantando nuestra posición, según nuestro entender sí podría configurarse la separación de hecho incluso cuando se dé esta situación.

- **Proyecto N° 3096/1997**

Este proyecto, presentado por Javier Alva Orlandini, con fecha 13 de noviembre de 1997, propone la introducción de la separación de hecho, pero no la denomina de esa manera si no indica que será causal para invocar la separación de cuerpos “el abandono de la casa conyugal por más de cinco años continuos por cualquiera de los cónyuges” (texto propuesto para el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil) o también lo denomina “abandono del hogar por el accionante”. Como se observa se habla de un abandono de la casa conyugal por cualquier de los cónyuges, lo cual es una fórmula muy vaga. En primer lugar, por cuanto se introduce una voz “abandono” que no necesariamente se condice con la lógica del divorcio remedio y que más bien está vinculada con la lógica del divorcio sanción por la causal de abandono injustificado, lo que no contribuiría en nada a la claridad conceptual de la separación de hecho; en segundo lugar, al indicarse que el abandono debe ser de “la casa conyugal”, esto impondría la necesidad de acreditar la constitución efectiva de la misma, excluyendo aquellos casos en los cuales, por cualquier motivo, los cónyuges no hayan constituido una casa conyugal o en los casos en los cuales aun compartiendo la casa conyugal, los cónyuges ya no hacen vida en común.

- **Proyecto N° 5046/1999**

Proyecto ingresado el 13 de agosto de 1999, por el congresista Javier Alva Orlandini, quien antes de este proyecto ya contaba como dos anteriores sobre el mismo tema. En esta oportunidad el congresista propone el siguiente texto como causal de separación de hecho “La separación de ambos cónyuges por más de cuatro años continuos, en cuyo caso ninguno es inocente ni culpable y no rige lo dispuesto en el artículo 335°”.

Se puede resaltar de este proyecto el énfasis que coloca en el carácter no inculpatario de esta causal pues indica que “ninguno es inocente ni culpable”, lo que es coherente con la dinámica del divorcio remedio.

- **Proyecto N° 171/2000**

Presentado el 14 de agosto del 2000, por los congresistas Ernesto Gamarra Olivares y Ruby Rodríguez del Aguilar, resulta de suma importancia para el tema indemnizatorio que nos convoca, puesto que, a diferencia de los anteriores proyectos, éste contiene medidas de protección para el cónyuge, aunque no muy claras.

En efecto, se propone la introducción de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos, mas no directamente como divorcio, aunque luego puede ser convertida la separación de cuerpos en la de divorcio. Para que la separación de hecho se configure como causal de separación de cuerpos debe haber durado un periodo mayor a tres años ininterrumpidos.

Sin embargo, lo que nos llama fuertemente la atención es el último párrafo del texto sustitutorio propuesto por los congresistas para el artículo 345 del Código Civil, puesto que se señala “son aplicables a la separación de cuerpos por separación de hecho, se observará en cuanto sea aplicable, lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 326 y el artículo 731”.

Si observamos el penúltimo párrafo del artículo 326 del Código Civil (que vendría a ser el actual antepenúltimo párrafo del mencionado artículo, puesto que se le agregó un párrafo final en mérito a la ley 30007 del 17 de abril del 2013) éste establece que “la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales”. *Mutatis mutandi* entendemos que la decisión unilateral, en el caso de la separación de hecho, se da en la situación en la cual uno de los cónyuges, en contra de la voluntad de su consorte o con prescindencia de la misma, finaliza con la cohabitación que les impone el matrimonio; en este supuesto, de conformidad con la aplicación supletoria que propone el proyecto, correspondería una indemnización (que entendemos fijada en una suma alzada) o una pensión de alimentos (que supone la ejecución de obligación de tracto sucesivo), ello sin perjuicio de los derechos que correspondan como parte de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, ello no queda ahí, además propone la aplicación supletoria en caso de separación de hecho del artículo 731 del Código Civil que señala:

“Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente”.

En esta aplicación supletoria vemos la génesis de lo que en el actual texto del artículo 345-A es la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal. En efecto, al aplicarse el 731 del Código Civil hay que hacer muchos cambios para adecuar lo regulado por ese artículo, referido a situaciones sucesorias, a una situación de decaimiento y disolución en vida del matrimonio. Sin embargo, se entiende de este proyecto que el cónyuge que resulta perjudicado con la separación de hecho se le reserva el derecho de habitación de forma vitalicia y gratuita sobre la casa-habitación donde se constituyó el domicilio conyugal, en caso de ejercerlo, perderá el derecho sobre los demás bienes de la sociedad conyugal.

Como se observa, mediante la aplicación supletoria de dos artículos, 326 y 731 del Código Civil, se empieza a tomar en consideración una situación accesoria a la separación de hecho muy relevante, esto es la protección del cónyuge más perjudicado, ante los embates económicos que deba afrontar tras la separación.

- **Proyecto N° 565/2000**

Este proyecto es uno de los más relevantes puesto que la actual regulación de la separación de hecho, en buena parte, se basa en él. Fue presentado por la congresista Miriam Schenone Ordinola el 10 de octubre del 2000.

En este proyecto se contiene el actual texto del numeral 12 del artículo 333 del Código Civil referido a la separación de hecho. En efecto, se indica que es causal para la separación de cuerpos, la separación de hecho durante un periodo ininterrumpido de dos años; en caso de haber hijos menores de edad el plazo será de cuatro años.

La congresista presentante del proyecto justifica esta diferencia del siguiente modo:

“El proyecto de ley propone como causal de separación de cuerpos, la separación de hecho por un período ininterrumpido de dos años; sin embargo, teniendo en cuenta el interés superior de la niñez y la adolescencia, se propone que en los casos que existan hijos menores de edad, dicho período de separación deberá ser de cuatro años.

En efecto, la pareja con hijos menores de edad, debe tener un tiempo mayor, un tiempo de reflexión, en el que puedan analizar la posibilidad de reconciliarse, ya que la separación y el ulterior divorcio de los cónyuges, afecta directamente a los hijos menores de edad. Esta causal de separación de cuerpos no debe dar lugar a decisiones ligeras e impensadas. Sin embargo, después de más de cuatro años de separación ininterrumpida de los cónyuges, no cabe la esperanza que se vuelvan a reunir”.

Además, agrega que “la separación de los cónyuges que no tienen hijos, o que éstos son mayores de edad, sólo afecta directamente a los esposos, personas adultas, dueñas de sus actos y responsables de las consecuencias de los mismos”.

Cabe anotar que se incluye la separación de hecho como causal indirecta de divorcio, es decir, previa declaración de separación de cuerpos, la cual luego podrá ser transformada en divorcio.

Sin embargo, más relevante –todavía– para efectos de nuestro trabajo, es la propuesta de inclusión del artículo 345-A del Código Civil, que reza de la siguiente forma: “Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el Juez puede conceder a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

Es sumamente relevante para nuestra investigación la justificación de esta inclusión. La congresista señala que

“Esta compensación se fundamenta en reconocer el aporte que realiza la mujer durante el matrimonio, contribución que se ve reflejada en el cuidado del hogar, la crianza de los hijos, y ahora, con más frecuencia, en la ayuda a conseguir el sustento del hogar”.

Como se observa la idea de la inclusión de esta compensación económica, de primera intención, por la fundamentación del proyecto, tiene un corte de género que responde a un modelo tradicional de familia, en el cual el hombre es quien sale de la casa a trabajar y la mujer se dedica a las labores del hogar.

Un mérito grande de este proyecto es que no utiliza la voz “indemnización por daños”, lo que es correcto puesto que la utilización de esa voz en el texto vigente del 345-A del Código Civil ha traído mucha discusión. El proyecto lo denomina simplemente como “compensación económica”, tal vez por influencia de los códigos español y francés, considerados en la exposición de motivos.

De igual forma, se reserva la compensación económica para los casos de separación de hecho por decisión unilateral, precisión que no se conserva en el texto vigente del 345-A, lo que es conveniente puesto que el desequilibrio económico se puede presentar incluso en los supuestos de mutuo acuerdo.

Por último, también destaca que la compensación económica, claramente, sea fijada a instancia de parte, con lo que se hubiese evitado toda la discusión que fue materia del pleno casatorio con respecto a si la fijación de la indemnización es a pedido de parte o de oficio, y es que el texto final del artículo 345-A no contribuiría mucho a la claridad, ya que indica que “el juez debe velar”, lo que ha sido interpretado por muchos como una obligación legal destinada al juez.

3.8 Dictámenes favorables a la introducción de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio

Luego de las propuestas revisadas por nosotros y otros tantas, todas fueron analizadas de manera conjunta por la Comisión de Reforma de Códigos y también por la Comisión de Justicia, cada una de las cuales emitió su informe. El ambiente era favorable, puesto que dichas comisiones eran presididas por proponentes de la separación de hecho.

- **Dictamen de la Comisión de Reforma de Códigos**

De diciembre del 2000, por la comisión presidida por Fernán Altuve-Febres, recoge distintas propuestas hechas entre julio del 2000 y diciembre del mismo año. Sin embargo, en cuanto a lo que nos concierne, acoge el proyecto de ley 565/2000 de la congresista Schenone.

En efecto, propone el siguiente texto, que -a la postre- sería el que se consagrará en el artículo 333 del Código Civil: “12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si la pareja tuviese hijos menores de edad, En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°”.

De igual forma, también recoge el texto de proyecto de ley 565, el cual en su momento marcamos como importante, en lo que respecta a la introducción del artículo 345-A en el Código Civil.

- **Dictamen de la Comisión de Justicia**

Esta comisión, presidida por Daniel Estrada Pérez, uno de los más insistentes en cuanto a proyectos referidos al tema, emitió un dictamen favorable de la modificación del Código Civil en lo referido a la separación de hecho. Proponiendo como texto para el artículo 333 el siguiente: “11.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a cuatro años ininterrumpidos, si la pareja tuviere hijos menores de edad, y dos años si no los tuviere. En estos casos, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°. La sentencia expedida no considerará a ninguno de los cónyuges inocentes ni culpables”. En buena cuenta, es la misma idea que hoy está plasmada en el artículo 333 del Código Civil, salvo por la última oración de la propuesta que no ha sido tomada en cuenta, por lo menos de manera explícita.

En lo que respecta al artículo 345-A modifica el propuesto por el proyecto de ley 565, proponiendo como texto “Tratándose de separación de cuerpos por separación de hecho, el juez puede conceder a petición del cónyuge que permaneció en el hogar, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”. Este texto sustitutorio tiene la virtud de evitar el término abandonado (que podría haber traído confusión), además conserva la ecuanimidad de no calificar como indemnización o reparación la compensación económica que le corresponde. En el texto

final que se plasmaría en el artículo 345-A no iría ni el término abandono ni se haría referencia al cónyuge que permanece en el hogar, sino se hablaría del cónyuge más perjudicado, lo que, como veremos es adecuado. Sin embargo, a la compensación económica si se le enturbiaría, puesto que se agregaría la voz “indemnización por daños”, incluido el daño personal y el desequilibrio económico, lo que ha traído toda una estela de dudas que hasta la actualidad persisten.

3.9 Ley 27495 vigente desde el 8 de julio del 2001

Luego de emitidos los dictámenes el asunto pasaría al pleno del Congreso; es así que el año 2001 sería escenario de un hecho de suma importancia para el régimen que tratamos en este trabajo. Luego de haber pasado por una etapa en la cual se mantuvo el *statu quo*² que, en realidad, no fue tal, puesto que sobre todo a partir del año 1995 hubo intensa actividad, como hemos visto, en cuanto a proyectos, esta ley vino a introducir importantes modificaciones.

La novedad más relevante, la más publicitada y que aún hoy genera debates respecto a su aplicación, y que es materia de esta investigación, fue la introducción de la separación de hecho como causal de divorcio siempre que dicha separación haya durado dos años ininterrumpidos en caso de no tener hijos menores de edad, en caso de existir hijos menores de edad el periodo de separación se extiende a cuatro años.

Esta causal tuvo que librar una dura batalla por mucho tiempo para que finalmente sea admitida, como lo hemos constatado. Existían antecedentes que datan de 1931, en la que Manuel Bustamante de la Fuente la propuso si es que mediaba 2 años. (Plácido 2001b:91). Sin embargo, es entre 1985 y 1999 que se presentarían hasta 13 propuestas legislativas referidas a la causal de separación de hecho. (Varsi 2004:41)

Pero la introducción de la separación de hecho, que luego tendremos oportunidad de analizar con detalle, no fue la única modificación que esta ley nos trajo, sino que además incluyó a la causal de imposibilidad de hacer vida en común (inciso 11 artículo 333 Código Civil).

De igual forma, introdujo el artículo 345-A al Código Civil, texto que es el centro de nuestra investigación, en donde se regula la indemnización para paliar la inestabilidad económica luego de declarado el divorcio por separación de hecho.

En el mismo año de la promulgación de la ley, haciendo un balance de esta ley la profesora Carmen Cabello dijo:

² Entre 1984 y 2001 tuvo lugar una ligera modificación en virtud de la disposición modificatoria primera del Código Procesal Civil. Así se modificó la denominación de la causal de sevicia por la de “violencia, física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias; también se modificó la denominación de la causal de mutuo disenso que fue rebautizada como separación convencional.

“Cabe señalar que si bien, el carácter mixto de nuestro sistema, evidentemente se ha flexibilizado facilitando los divorcios, la gran pregunta a plantearse es si la actual legislación, tal y como su mixtura la presenta permite su comprensión tendiente al divorcio remedio pleno (...) Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máxime si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, adicionando las ya mencionadas y ha regulado de manera reparatoria los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo.” (Cabello 2001:404)

Es claro que con esta ley flexibilizó el régimen de disolución del divorcio; sin embargo, los efectos no han sido los deseados, por lo menos, no en su plenitud.

Luego de esta ley, sobrevinieron otras leyes y modificaciones, como la ley 28384 del año 2004 y la 29227 del año 2008 que se refieren sobre todo a la separación convencional y divorcio ulterior, pero que en nada tocan el régimen de separación de hecho o la indemnización a la cual nos referimos, por lo que de momento las dejaremos de lado.

4. Régimen actual de disolución del vínculo matrimonial en el Perú

Luego de haber hecho tanto una exposición de las principales categorías de divorcio, como del decurso histórico del divorcio, ahora nos proponemos, con esas herramientas, caracterizar nuestro actual régimen de divorcio.

4.1 Régimen mixto

Con acierto se ha dicho que “nuestro Código Civil de 1984 sigue un sistema mixto, en que caben diversas vías para obtener la separación persona y el divorcio vincular.” Admite tanto el mutuo disenso, las causas de inculpatión y las no inculpatórias. (Plácido 2001b:41) Por los mismos motivos se le ha denominado también plurimodelo (Quispe 2002:86) o sistema intermedio (Peralta 2008:350).

En efecto, nuestro ordenamiento al tener una aglomeración de causales de distinta naturaleza ha sido desde siempre un régimen mixto, en el cual han convivido divorcio sanción y divorcio remedio. Pero no sólo eso sino también divorcio causado e incausado y divorcio directo e indirecto.

En consecuencia, concordamos con la caracterización del régimen de divorcio como un régimen mixto. Sin embargo, la forma como se ha llegado a esta conclusión no es compartida. En la doctrina nacional existe una clasificación, que llamaremos usual, pero que consideramos errada ya que confunde en algunos casos los supuestos de divorcio sanción con los de divorcio remedio, y este último con los de divorcio remedio.

4.2 Clasificación usual

Eulogio Umpire (2001:85) señala que entre las causales subjetivas tenemos las señaladas en los incisos del uno al diez del artículo 333 del Código Civil; quedando como causales objetivas únicamente las causales de imposibilidad de hacer vida en común, la separación de hecho y la separación convencional.

Álex Plácido (2001:80) se pronuncia en sentido similar, indicando que

“la legislación peruana (...) contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del “divorcio-sanción” (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil) y las causales no inculpatorias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges, del sistema de divorcio-remedio (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil)”.

Esta clasificación ha sido acogida por el Tercer Pleno Casatorio del 18 de marzo de 2011, casación N° 4664-2010-Puno. En efecto, en el punto número 27 del mencionado pleno casatorio se señala: “las causales detallada en los incisos 1 a 11 [del artículo 333 del Código Civil] 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 violenta los deberes que impone el matrimonio”. Y termina la clasificación diciendo: “por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 [del artículo 333 del Código Civil] se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose el fracaso de la unión matrimonial.” Por tanto, no seríamos inexactos si es que afirmamos que esta clasificación no solo es usual, sino que también oficial.

En consecuencia, la clasificación que hemos denominado oficial sería como sigue:

- Divorcio sanción:
 - 1° Adulterio;
 - 2° Violencia física o psicológica;
 - 3° Atentado contra la vida del cónyuge;
 - 4° Injuria grave, que haga insoportable la vida en común;
 - 5° Abandono injustificado de la casa conyugal por el periodo señalado en la ley;
 - 6° La conducta deshonrosa;
 - 7° Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía;
 - 8° Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio;
 - 9° Homosexualidad sobreviniente al matrimonio;
 - 10° Codena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después del matrimonio; y
 - 11° Imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

- Divorcio remedio:
 - 12° Separación de hecho de los cónyuges por el tiempo previsto en la ley; y
 - 13° Separación convencional y divorcio ulterior.

Se puede apreciar de la clasificación que ésta no toma en cuenta la diferencia entre divorcio causado y divorcio incausado. Además, apreciamos que considera como causales de divorcio sanción algunas causales que son propias del divorcio remedio.

Estas disquisiciones que siguen no son puro ejercicio teórico, sino que tienen un efecto práctico sumamente relevante como lo es determinar qué efectos tendrá el divorcio para aquel que ha incurrido en la causal prevista en la ley. Así si el divorcio es declarado por una causal propia del divorcio sanción tendrán cabida los artículos que prevén consecuencias sancionatorias para el cónyuge culpable (por ejemplo, en el divorcio sanción tendrá cabida el artículo 352 por el cual el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que proceden de los bienes del otro). Situación distinta se presentará cuando el divorcio sea declarado por una causal de divorcio remedio, en ese caso no serán de aplicación las consecuencias sancionatorias previstas para el cónyuge culpable.

Por ello nos parece necesario hacer una exacta caracterización de nuestro régimen de divorcio, es en ese sentido que proponemos la siguiente clasificación.

4.3 Clasificación propuesta

- Divorcio sanción:
 - 1° Adulterio;
 - 2° Violencia física o psicológica;
 - 3° Atentado contra la vida del cónyuge;
 - 4° Injuria grave;
 - 5° Abandono injustificado de la casa conyugal por el tiempo previsto en la ley;
 - 6° Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común;
 - 7° Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía;
 - 10° Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años;
 - 11° Imposibilidad de hacer vida en común;
- Divorcio remedio:
 - 8° Enfermedad grave de transmisión sexual (ETS) contraída después de la celebración del matrimonio;
 - 9° Homosexualidad sobreviniente;
 - 11° Imposibilidad de hacer la vida en común;

12º Separación de hecho por el tiempo previsto en la ley.

- Divorcio incausado:

13º Separación convencional y divorcio ulterior

4.3.1 Justificación de la clasificación propuesta

4.3.1.1 La ETS grave como causal de divorcio remedio

Nuestra clasificación comprende dentro del divorcio remedio a la causal de ETS grave. Ello difiere de la clasificación usual que hemos recogido de la doctrina e incluso de la clasificación que la propia Corte Suprema ha recogido en el Tercer Pleno Casatorio que la consideran divorcio sanción.

En cuanto a la ETS grave se ha dicho que “se trata de una causal indirecta, inculpatoria y perentoria que determina la disolución del vínculo matrimonial.” Y continúa diciendo:

“El fundamento de esta causal se encuentra en la infracción de un principio eugénico, es decir, el deber de los cónyuges de mantenerse sanos. De un lado, importa conducta inmoral el haber adquirido a base de relaciones íntimas con personas extrañas, una enfermedad grave de transmisión sexual después de la celebración del matrimonio y, de otro, el peligro de contagio para su cónyuge y la posibilidad de engendrar una prole defectuosa y enferma”. (Peralta 2008:73)

En el mismo sentido, Plácido (2001:84):

“Si bien el fundamento de la causal se aprecia en el peligro significativo que, para la salud del cónyuge sano y su descendencia, constituye la enfermedad de transmisión sexual sufrida por el otro consorte; se debe de considerar que la causal se circunscribe dentro del sistema de divorcio sanción y que, por ello, se exige acreditar la imputabilidad del cónyuge enfermo”.

En consecuencia, a esta causal se le ha encuadrado dentro del divorcio sanción. Sin embargo, consideramos que existen razones para que ello no sea así. Pensamos que el divorcio por esta causal es un supuesto de divorcio remedio.

Si es que el fundamento de la causal es preservar la salud del cónyuge y su descendencia, además de disolver un vínculo que ya ha quedado dañado por no poder cumplir los cónyuges con los deberes naturales que el matrimonio supone, en consecuencia, este divorcio no busca sancionar a nadie, sino dar un instrumento a los cónyuges para que puedan terminar con el matrimonio, por haberse visto gravemente alterado.

Como hemos señalado con anterioridad, en la época que Josserand escribe su tratado de Derecho Civil una de las causas de divorcio era la enfermedad mental. Sobre ella decía que “no se puede hacer ningún agravio al desdichado demente” y que en ese caso era necesario ver en el divorcio “como el desenlace de una situación sin otra salida humanamente posible, y cuando el matrimonio no puede ya realizar el objeto en vista del cual se ha contraído”. Es por ello que dice la demencia por lo menos en algunos casos puede constituir causal de divorcio. Asimismo, considera “que no hay razón para tratar de modo distinto a las demás enfermedades muy graves, como la tuberculosis (...)” (Josserand 1950:153)

Josserand (1868-1941) a una enfermedad como la tuberculosis que es tenida como grave y frecuente en la época considera que no habría ningún problema en ubicarla dentro del divorcio objetivo. Con los mismos argumentos de Josserand podemos ubicar a la ETS grave dentro del marco del divorcio objetivo o divorcio remedio o sin culpa.

En el Perú, el profesor Cornejo (1999:306) acertadamente mencionó:

“la separación de cuerpos como consecuencia de la enfermedad venérea sobreviniente no pretende sancionar al enfermo, ni pronunciar una condenación por una presunta falta de fidelidad conyugal, pues la dolencia venérea puede ser contraída extrasexualmente, y porque si así no fuera no habría necesidad de incluirla entre las causales de separación desde que ya existe la del adulterio.”

En efecto, si es que al ETS grave se transmitió vía sexual y si es por eso por lo que se castiga con el divorcio, entonces no tendría sentido regular esta causal de manera independiente al adulterio. Ahora bien, si la enfermedad se contrajo por otras vías, por ejemplo, transfusión de sangre, cabría también el divorcio a pesar de no existir culpa alguna del cónyuge enfermo, por cuanto parece una medida prudente y humana, “no sólo porque repugna la idea condenar inútilmente al cónyuge sano al contagio sexual o extrasexual, sino porque éste tiene derecho de evitar la procreación de una descendencia enferma”. (Cornejo 1999:306)

Justificando nuestra posición también podemos citar a Bossert y Zannoni:

“El derecho moderno, siempre por la influencia de los postulados que sustentan el divorcio-remedio, ha considerado ciertas enfermedades, (...), como un obstáculo para la vida en común. Es claro que el caso sólo es pensable en el ámbito del divorcio sin culpa, pues ninguna falta puede imputarse al esposo que sufre de una enfermedad.”

Los profesores argentinos se cuestionan:

“¿Hasta qué punto tiene asidero sujetar perpetuamente al cónyuge sano a un vínculo matrimonial con un insano? Incluso desde la perspectiva de los hijos, ¿en qué medida es razonable que deban convivir con el progenitor insano a causa de la subsistencia del deber de cohabitación que pesa sobre los padres?” (Bossert 2000:365)

Sin duda lo que busca esta causal no es sancionar al cónyuge enfermo, sino poner fin a un matrimonio que no tiene razón de ser, salvo que los cónyuges a pesar de la enfermedad decidan mantenerse juntos.

4.3.1.2 La homosexualidad sobreviniente como causal remedio

Usualmente esta causal ha sido incluida dentro del repertorio del divorcio sanción. Sin embargo, nosotros discrepamos de dicha posición por considerar que lo que se busca con esta causal es dar solución a un matrimonio que ya no tiene razón de ser.

Dentro de la posición tradicional Peralta (2008:74) dice que la homosexualidad sobreviniente “no sólo es una causal indirecta, inculpatoria y perentoria que genera disolución del nexo conyugal, sino también se trata de una perversión sobreviniente al casamiento que implica la inversión sexual, razón por la que no es posible la vida en común”.

De igual forma Canales (2013:156-157) establece que la referida causal pertenece al sistema subjetivo inculpatorio de divorcio sanción, pero reconoce que no se le puede imputar “el cien por ciento de responsabilidad de la homosexualidad al cónyuge que pasa a tener orientaciones homoafectivas, respecto de personas del mismo sexo, ya que dichas orientaciones no se encuentran plenamente dentro de la esfera de control, de la voluntad del sujeto”.

Esta causal, como es sabido, fue introducida por la comisión revisora y no por el ponente del anteproyecto Cornejo Chávez. Antes de la introducción de esta causal en nuestro ordenamiento la conducta homosexual era asimilada dentro de la causal de conducta deshonrosa. Es por ello que se afirma: “de ahí que su inclusión no represente un cambio significativo, en cuanto a una efectiva apertura a nuevas causales que pudieran revelar, en el aspecto litigioso, una mayor tendencia divorcista en nuestra legislación”. (Cabello 1995:259)

A contra corriente de lo que dice la posición tradicional, nosotros consideramos que su introducción en nuestro

ordenamiento no es una simple redundancia. Por el contrario, consideramos que su introducción cumple un papel que aún no ha sido precisado.

El primer punto a destacar es que esta causal no tendría por qué haber sido incluida si es que su fundamento principal fuese el deber de fidelidad. Ello en tanto que el adulterio “es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero”. (Belluscio 1981:207) En consecuencia, también el adulterio puede ser perpetrado a través de actos homosexuales.

Ahora bien, hablar de homosexualidad sobreviniente, como lo hace nuestro Código Civil, tal vez no resulte siendo lo más adecuado. Así para la *American Psychological Association* (S/D):

“Existen muchas teorías acerca de los orígenes de la orientación sexual de una persona. La mayoría de los científicos en la actualidad acuerda que la orientación sexual es más probablemente el resultado de una interacción compleja de factores biológicos, cognitivos y del entorno.”

Y sigue:

“En la mayoría de personas, la orientación sexual se moldea a una temprana edad. Además, hay pruebas importantes que sugieren que la biología, incluidos los factores hormonales genéticos o innatos, desempeñan un papel importante en la sexualidad de la persona”.

Según las teorías que en la actualidad se manejan la homosexualidad se forjaría a temprana edad e incluso existen factores que consideran a la homosexualidad como algo innato, por ello no es adecuado hablar de homosexualidad sobreviniente, menos aún al matrimonio, decisión que se efectúa a una edad más o menos avanzada.

De lo que sí se podría hablar es de una exteriorización de la conducta homosexual sobreviniente al matrimonio. Es decir, el cónyuge homosexual no es que siendo heterosexual antes del matrimonio se convierta en homosexual luego del matrimonio, sino que el cónyuge homosexual lo que hace es exteriorizar con posterioridad al matrimonio su orientación sexual.

Ahora bien, la exteriorización de la conducta homosexual después del matrimonio puede también constituir una afrenta al cónyuge. En ese caso deberá considerarse la conducta homosexual como un divorcio sanción, pero no por la causal específica de homosexualidad sobreviniente sino más bien por la causal de injuria grave o conducta deshonrosa.

Es decir, para que la homosexualidad del cónyuge pueda tener los efectos sancionatorios que supone una causal inculpatoria, no bastará el hecho objetivo de probar la homosexualidad, sino que será necesario que dicha homosexualidad sea exteriorizada de tal manera que se produzca una afrenta grave en el cónyuge que no es homosexual. En ese caso se habrá que demandar por la causal de injuria grave o conducta deshonrosa y no por “homosexualidad sobreviniente”.

En cualquier supuesto que la exteriorización de la conducta homosexual no suponga a la vez una injuria grave o conducta deshonrosa sino, simplemente, que el efecto de la exteriorización de la orientación homosexual deje sin contenido el vínculo matrimonial, entonces será viable demandar por la causal de “homosexualidad sobreviniente” en tanto causal remedio u objetiva. En este caso para demandar el divorcio bastará simplemente acreditar el hecho objetivo de la homosexualidad. Ello en cuanto a que la homosexualidad *per se* no puede ser considerada un ilícito que justifique los efectos sancionatorios de un divorcio inculpativo, sino que para que ello pueda ser considerado así deberá agregarse un agravante que haga a la conducta homosexual exteriorizada a la vez conducta deshonrosa o injuria grave.

En efecto, como lo hemos dicho, la homosexualidad no puede ser considerada un ilícito, puesto que conforme lo ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2868-2004-AA/TC que en su considerando 27 señala:

“El carácter digno de una persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría. Como lo ha sostenido la Corte Suprema norteamericana: “estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad [...] En la esencia de la libertad se encuentra el derecho de definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado”. [Planned Parenthood of Southeastern v. Casey, 505 US 833 (1992)]”

Y continúa diciendo nuestro Tribunal Constitucional:

“Pero si no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado, tampoco pueden considerarse ilícitos desde el punto de vista del derecho, a no ser que con su ejercicio se afecten bienes jurídicos. Forma parte de aquello que el derecho no puede regular. De ahí que cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a

un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y la preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional”.

Más allá de estas disquisiciones, resulta acertada la apreciación de Cornejo (1999:307) al indicar que: “parecería que el mutuo disenso debería ser la solución más adecuada” para este tipo de situaciones a menos que el cónyuge homosexual se niegue a aceptar el divorcio. El mutuo disenso, o separación convencional y divorcio ulterior, como veremos más adelante, resulta siendo la vía idónea por ser un supuesto de divorcio incausado en donde no será necesario exponer los motivos que dan lugar al divorcio, quedando de esa manera la homosexualidad del cónyuge en la intimidad familiar, o por lo menos, no será necesario exponer la orientación sexual de uno de los cónyuges ante un tribunal.

4.3.1.3 Imposibilidad de hacer vida en común como divorcio sanción y como divorcio remedio

La posición más extendida en cuanto a esta causal es la que expone el profesor Plácido (2001b:87-88) al señalar que esta causal no es un supuesto puramente objetivo ello debido a que le es aplicable el principio de invocabilidad contemplado en el artículo 335 del Código Civil: los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida en común y, por tanto, a obtener el divorcio sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió. Señala también que:

“A pesar de que la *ratio legislatoris* –recuerda Plácido- fue la de identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, se comprueba que ella no puede ser invocada de esa manera por cuanto los factores que determinan tal incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino, por el contrario, de la pareja”.

Continúa el profesor peruano “En ese sentido, quien así la presente [como incompatibilidad de caracteres, es decir, como causal remedio] violenta el principio del artículo 335 del Código Civil: está fundando su demanda en un hecho propio”. Finaliza su análisis diciendo: “Por eso y por tratarse de una causal inculpatoria deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provocan la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común.”

Para el profesor Plácido la causal de imposibilidad de hacer vida en común es supuesto de divorcio sanción en tanto y en cuanto no puede invocarse hecho propio.

Discrepamos de la posición adoptada por el profesor Plácido. Nosotros consideramos que la naturaleza (sanción o remedio) de esta causal va depender del motivo que origine la imposibilidad de hacer vida en común. Así, si el motivo que origina la imposibilidad de hacer vida en común es alguna acción u omisión que suponga una grave y reiterada violación a los deberes conyugales entonces estaremos antes un divorcio sanción. Caso distinto es el que se presentaría si es que el motivo que origina la imposibilidad de hacer vida en común resultase ser una acción u omisión no culpable, en ese supuesto estaríamos ante la presencia de un supuesto de divorcio remedio.

Esta posición era la que se asumía cuando el Código Civil suizo de 1907 que en su artículo 142 señalaba: “Cada uno de los cónyuges podrá demandar el divorcio cuando el vínculo conyugal haya sido tan profundamente afectado que la vida en común resulte insoportable. Si la desunión es principalmente imputable a uno de los cónyuges, el otro podrá oponerse al divorcio”.

Se ha dicho sobre este artículo que es una causa genérica en la que pueden comprenderse múltiples motivos concretos de divorcio, que la ley no especifica y que, sin embargo, los tribunales deben apreciar. También se ha dicho que de la última parte del artículo citado se puede inferir que esta causal puede ser culposa o no. Es decir, será culposa en el caso que la imposibilidad sea imputable principalmente a uno de los cónyuges, y no lo será cuando no exista imputabilidad alguna o cuando ambos cónyuges sean igualmente imputables. (Fernández 1947:134-135)

A modo ejemplificativo observemos la siguiente lista citada por el doctor Varsi:

“La desarmonía conyugal genera una situación que hace insostenible la vida en común y ello está determinado por diversos factores, tales como sociológicos (hipocondría, morbosidad, narcisismo o miedo), funcionales (falta de responsabilidad conyugal), económico (carencia de dinero), sexuales (machismo, feminismo o aberraciones) y religiosos (diversidad de credos)”. (Varsi 2004:58-59)

Dentro de esa lista podemos observar varios supuestos que no serían susceptibles de ser calificados como supuestos de divorcio sanción: la hipocondría, narcicismo, miedo, diversidad de credos.

En consecuencia, no se puede afirmar, a raja tabla, que todos los supuestos que hagan insoportable la vida en común merezcan ser tratados como divorcio sanción. Antes bien se deberá analizar el motivo que genera la crisis matrimonial y luego proceder en consecuencia declarando un divorcio con efectos sancionatorios o como un divorcio sin culpa.

4.3.1.4 Separación convencional y divorcio ulterior como supuesto de divorcio incausado

Usualmente se ha considerado que el supuesto de separación convencional y divorcio ulterior resulta enmarcado dentro de la doctrina del divorcio remedio. Así, por ejemplo, Alex Plácido dice:

“La otra tendencia [la del divorcio remedio] se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables: la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por esto, se acepta la separación personal o el divorcio vincular por petición conjunta de los esposos, en la que ellos están dispensados de poner de manifiesto las causas que motivan su petición.” (Plácido 2001:190)³

Asimismo, Umpire señala que: “regulado en [el] inciso 13 del artículo 333 del Código Civil Peruano, la separación convencional, convertible luego de seis meses en divorcio absoluto, es una causal que está inmersa dentro de la corriente doctrinaria del divorcio remedio”. (Umpire 2001:163)

La pregunta es: ¿estamos en realidad ante un divorcio remedio que por definición tiene como causa una crisis matrimonial?

Para ser, en rigor, un divorcio remedio se tendría que constatar- además de la voluntad de los cónyuges- la crisis matrimonial. Es decir, no bastaría la voluntad, sino que sería necesario acreditar la causa del divorcio que vendría a ser la crisis matrimonial, tal y como sucede en algunos ordenamientos como, por ejemplo, en Austria donde el divorcio puede ser solicitado por los cónyuges siempre y cuando el cese de la convivencia conyugal haya tenido lugar al menos seis meses antes, y reconozcan mutuamente la inviabilidad de continuar el matrimonio y por consiguiente la ruptura matrimonial. (Morillas 2008:108-109)

³ Lo mismo podemos encontrar en Bossert, 2000:330-331

Caso similar a Austria es lo que sucede en Argentina, es por ello que el hecho que el profesor Plácido cite textualmente a los profesores argentinos Bossert y Zannoni en este punto particular constituye un error porque lo dicho por los profesores argentinos es válido para su ordenamiento más no para el nuestro. Es así que, en el Código Civil argentino antes de la reforma, en su momento, se establecía en su artículo 215 que “transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236”.

Como vemos en Argentina⁴ no bastaba la voluntad para declarar el divorcio, sino que además es necesario exteriorizar las causas. Es así que los propios profesores argentinos Bossert y Zannoni señalan:

“Es más preciso, en el régimen argentino, aludir al divorcio por petición conjunta, que al mutuo consentimiento, pues éste implica un sistema en el que las partes se limitan a exteriorizar ante el juez su voluntad, peticionando que se declare el divorcio, en tanto que, en nuestro régimen, no sólo deben exponer verbalmente al juez las causas que tornan moralmente imposible la vida en común, sino que además éste valorará si esto es realmente así, pudiendo, en caso contrario, rechazar la demanda.” (Bossert 2000:359)

En el mismo sentido se pronuncian gran parte de la doctrina de ese país, de ello da cuenta Belluscio quien dice:

“Lagomarsino, Crespi, Moreno Dubois, Méndez Costa, Fassi, Ferrer y Mazzinghi denominan a la nueva institución divorcio o separación personal “por presentación conjunta”, al estimar que el mutuo consentimiento implicaría la falta de alegación de otra causa que no fuese el común acuerdo de divorciarse. Según ese criterio, la necesidad de que existan causas graves que hagan imposible la vida en común haría incorrecta la denominación de “divorcio por mutuo disenso.” (Belluscio 1981:311)

En el Perú, en cambio, los cónyuges, incausadamente, sin necesidad de alegar crisis matrimonial ni acreditar separación de hecho, es decir, por el poder de su voluntad, podrán peticionar la separación convencional y el divorcio ulteriormente, y el Juez no deberá, ni podrá, ingresar a investigar las causas o la existencia de la crisis matrimonial. Esta afirmación queda en relieve en la cita

⁴ Actualmente, el régimen divorcista argentina se ha visto modificado totalmente, en tanto que con la introducción del nuevo Código Civil y Comercial se ha regulado un divorcio incausado que puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges. En efecto, el artículo 437 del Nuevo Código Civil y Comercial prescribe que “el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”.

de Alex Plácido que aparece líneas arriba, en donde se reconoce, a pesar de inscribirlo dentro del divorcio remedio, que los cónyuges están dispensados de alegar causa alguna.

Es de nuestro mismo parecer Quispe Salsavilca:

“Resáltese que la normativa peruana reconoce como causal de divorcio, aunque de manera indirecta [al] mutuo consentimiento en [sí] mismo. Es este un aspecto dogmático diferenciador con la legislación argentina que, por ejemplo, regula la “presentación conjunta” supuesto que exige conceptualmente la presencia de la causal culposa.”

Continúa diciendo el profesor Quispe:

“desde el 2001 con la ley 27945 el régimen de divorcio peruano perfila una racionalidad sistemática distinta donde incluso la voluntad unilateral de uno de los cónyuges (aunque ciertamente aunado a la separación de hecho) goza de poder en la disolución del vínculo. En este contexto sostenemos que no resulta coherente negar al mutuo consentimiento en sí mismo la facultad disolutoria.” (Quispe 2002: 125-126)

En conclusión, estamos ante un supuesto de divorcio incausado y no de divorcio remedio.

5 La separación de hecho en el Perú

Ya hemos desarrollado en apartados anteriores generalidades con respecto al divorcio y hemos definido, en base a las clasificaciones también desarrolladas, cómo está compuesto el régimen de disolución matrimonial en nuestro ordenamiento. Toca ahora desarrollar la causal específica de la cual nos vamos a ocupar en esta investigación.

5.1 Definición

La separación de hecho ha sido definida como “el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes (...)” (Plácido 2003:76).

De igual forma, Mendoza (2002:90) la define como

“aquella situación del matrimonio, en la que se interrumpe la vida en común o cohabitación (se suspende los deberes de mesa, lecho y habitación) de los cónyuges, sin mediar decisión judicial firme al respecto; sea por voluntad unilateral o conjunta de los cónyuges (...) quedando subsistente el vínculo matrimonial”

También dice Varsi (2004:40) que “la separación de hecho es la negación del estado de vida en común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio”.

El Tercer Pleno Casatorio Civil define, en su fundamento 33, tercer párrafo, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema, a la separación de hecho como “la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”.

La separación de hecho con su propia denominación nos indica dos elementos importantes. El primero referido a la separación, es decir, la no comunidad de vida, la división, el alejamiento de los cónyuges. El segundo que esta situación es de hecho y no de derecho; es decir, que el alejamiento se produce sin que medie resolución judicial alguna o de alguna otra autoridad. En ese sentido podemos definir la separación de hecho como la no continuidad de la comunidad de vida que impone el matrimonio sin que medie decisión judicial que autorice a ello.

5.2 Elementos

En doctrina nacional se indica principalmente que la separación de hecho posee tres elementos que la caracterizan:

- a) Elemento objetivo o material “Cese efectivo de la vida conyugal. Apartamiento de los cónyuges por decisión unilateral o de acuerdo de ambos”.
- b) Elemento subjetivo o psicológico: “intención de interrumpir la convivencia mediante la separación (...)”.
- c) Elemento temporal: Deberá transcurrir dos años en caso que no existan hijos menores de edad y cuatro si es que existen. (Cabello 2001:413-414)

5.2.1 Elemento objetivo o material

Este elemento consiste en

“la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad; lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal”, aunque con la precisión de que no existe impedimento “para que se configure (la separación de hecho) viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble, incumpliendo la cohabitación”. (Plácido 2001:206).

Posteriormente, sobre este último extremo, el autor modificaría su posición, indicando que

“se sostiene que no existe impedimento para que la separación se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble, pero

en habitaciones diferente. 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”. (Plácido 2003:76)

Por su parte Varsi (2004:50) señala que

“el elemento objetivo es la separación de hecho, esto es, la falta de convivencia y de vida en común entre los cónyuges. La separación de hecho implica ausentarse del hogar conyugal sin autorización judicial, esto es, con la sola voluntad y deseo del cónyuge que se retira (...)”.

Como se puede apreciar de las definiciones, en principio, el elemento material u objetivo de la separación de hecho está dado por la falta de cohabitación, es decir, por el alejamiento físico, por dejación de uno o de ambos de la casa conyugal. Sin embargo, eso, que es el punto de partida, se ve complicado por algunas cuestiones.

En primer lugar, cabe hacerse la pregunta en torno a qué pasa si es que por alguna razón los cónyuges nunca constituyeron un domicilio conyugal, en los términos señalados por el artículo 36 del Código Civil. Al respecto la magistrada Cabello (2001:414) indica que

“el elemento material de la causal objetiva se ubica en un supuesto que antes se encontraba excluido de la causal culposa, el eventual, aunque existente, caso de los cónyuges que por diversos motivos no había constituido casa conyugal, porque siempre habían vivido separados por razones económicas, estudios, viaje, etc. Y que de acuerdo al régimen anterior sus pretensiones de divorcio por dicha causal eran declarados improcedentes, en tanto hoy, la sola separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal permite la configuración de este elemento”.

Es decir, para Cabello, en la separación de hecho no es necesaria la acreditación de constitución de la casa conyugal, cosa que diferenciaría esta causal del abandono injustificado de la casa conyugal, en donde la propia causal hace referencia a la casa o domicilio conyugal y que por interpretación sistemática debe ser interpretada de conformidad con el artículo 36 del Código Civil.

Sin embargo, esta posición ha sido contestada por el profesor Plácido (2003:76) quien indica que

“habiendo concluido precedentemente que para el cumplimiento del deber de cohabitación se requiere de la fijación del domicilio conyugal, ya que la cohabitación importa el convivir bajo el mismo techo, estimamos que tal supuesto (al que hace referencia la

doctora Cabello) sustentaría plenamente la causal de imposibilidad de hacer vida común”.

Es cierto, en principio y en la mayoría de casos, la separación estará representada por el alejamiento de uno o de ambos cónyuges de la casa conyugal; sin embargo, puede darse el caso excepcional que plantea la doctora Cabello. En ese supuesto, consideramos que el juez no deberá exigir la existencia de constitución de casa conyugal o domicilio conyugal y lo que deberá constatar es el alejamiento ya no físico sino el alejamiento afectivo, la falta de intención de hacer comunidad de vida. Ello por cuanto, en la lógica en la que se inscribe la separación de hecho, esto es en el divorcio remedio, como lo hemos visto anteriormente, lo que importa es la verificación de la crisis matrimonial que no permite el normal cumplimiento del objeto del acto del matrimonio. Siendo ello así, el alejamiento físico de la casa conyugal, no es sino un símbolo tangible de aquello que pasa en el fuero interno de uno o de ambos cónyuges, esto es la intención de no hacer vida en común. Esta intención es lo que resulta fundamental para la separación de hecho, más que el dato objetivo del alejamiento físico, puesto que como veremos, puede existir el alejamiento físico, pero si éste se dio por algún motivo justificado (laboral, educación, salud, etc.) no habrá separación de hecho.

A este respecto, en la doctrina francesa (Rubellin-Devichi 2001:221) se ha dicho que “el caso en el cual los esposos no compartan actualmente la vida en común no es significativa en el caso excepcional donde la comunidad de vida material nunca ha existido”. Esta autora anota que en la jurisprudencia de ese país se exige prueba de la cesación de la vida afectiva. Los elementos de prueba, para desacreditar la cesación de vida afectiva, podrán ser, por ejemplo, contrato de arrendamiento o de seguro firmado por ambos esposos o incluso fotografías que muestren una actitud de aparente amor conyugal. Agrega, además, que la falta de relaciones sexuales y de cohabitación acreditarán la ruptura afectiva.

Ahora, bien otro supuesto que se ha discutido en la doctrina y en la jurisprudencia es el referido a si la separación de hecho se configura cuando ambos cónyuges viven en la misma casa, pero en cuartos separados. Como hemos visto, el profesor Plácido (2003:76), es contrario a la separación de hecho en este caso, puesto que no habría incumplimiento del deber de cohabitación. Al respecto, el Tercer Pleno Casatorio Civil, en su fundamento 36, señala que

“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 matrimoniales”.

Esta posición del Tercer Pleno Casatorio Civil es concordante con lo señalado párrafos atrás, por lo que coincidimos. En efecto, como se ha dicho, lo relevante en la separación, más que el alejamiento físico, es la cesación de la vida afectiva, el alejamiento sentimental, el desinterés por la continuación de la relación marital. En consecuencia, al margen de los problemas probatorios que podría traer el acreditar una separación de hecho, pero en la cual los cónyuges viven en la misma casa conyugal, creemos que es posible que esta separación de hecho se configure, puesto que lo relevante, más allá del alejamiento físico (que puede dar con crisis o no) es la terminación de la comunidad de vida, es decir, el alejamiento sentimental.

En conclusión, el elemento material u objetivo está representado por el alejamiento físico de los cónyuges mediante el abandono de la casa conyugal; sin embargo, este elemento admite excepciones; así en los casos descritos, deberá omitirse la valoración de este elemento objetivo, puesto que lo que resulta relevante para un divorcio remedio como lo es la separación de hecho es la intención de no hacer vida en común, lo que hemos denominado el alejamiento sentimental, que no es otro que el elemento subjetivo o psicológico que a continuación desarrollaremos.

5.2.2 Elemento subjetivo o psicológico

Este elemento está constituido por

“la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla; ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor”. (Plácido 2001:206).

El Tercer Pleno Casatorio Civil ha establecido en su fundamento 37 que este elemento se presenta “cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges- sea de ambos o de uno de ellos- para reanudar la comunidad de vida”.

Este elemento, fue puesto en evidencia, en la tercera disposición transitoria y complementaria de la ley 27495 cuando establece que no se configura la separación de hecho cuando esta se produzca por razones laborales. Al colocarse esta disposición complementaria en la ley introductoria de la separación de hecho, se abrió la posibilidad a que el demandado por separación de hecho alegara que la separación se dio por un motivo justificado, como lo es una razón laboral.

Ahora bien, por la sola referencia de la ley a las razones laborales, los autores se preguntaron si es que esas razones eran las únicas que se podían alegar. La respuesta que se dio era que no, que estas razones

podían comprender cualquiera otra razón que justificara la separación. (Quispe 2002:110).

Coincidimos con esa posición por cuanto, como hemos visto, lo que importa, más allá del alejamiento físico, es la falta de intención de hacer vida en común. Es decir, si en un matrimonio hay alejamiento físico, dejación de la casa conyugal, pero por un motivo ya sea laboral, de salud, de educación, que no implique por lo menos la intención de uno de los cónyuges de hacer vida en común, entonces no estaremos ante un supuesto de divorcio remedio, puesto que, al persistir la comunidad de vida, más allá de la separación física, se puede reputar que ese vínculo matrimonial se encuentra sano, por lo que no habría crisis matrimonial que remediar.

Al haberse introducido la posibilidad de acreditar que el elemento material se produjo por una causa justificatoria, la doctrina ha indicado que existe un “tratamiento dual” (Chiabra 2013:123) o que tiene un carácter atenuado indicando que “la recepción de la causal de separación de hecho no ha sido puramente objetiva desde que se permite indagar sus motivaciones” (Plácido 2003:79) o que se ha distorsionado su carácter objetivo (Cabello 2001:415).

Incluso este elemento subjetivo o psicológico ha sido tomado como una excepción a la regla objetiva. En efecto, se indica que

“si bien el legislador ha optado por un criterio objetivo, como regla, la excepción está dada en cuanto a que en el caso de una separación de hecho que se produzca por razones laborales, esta no se considera como tal (es decir que aquí no habría separación de hecho) (...) en consecuencia, se diría que no se trata de un criterio puramente objetivo, sino que este está matizado con un criterio subjetivo (que es la excepción)”. (Mendoza 2002:90)

No creemos que se pueda dar un tratamiento de regla-excepción a la relación elemento objetivo – elemento subjetivo de la separación de hecho. Tampoco que coincidimos plenamente con lo que afirma el profesor Quispe (2002:110) cuando indica que

“es la interpretación que define a la causal de separación de hecho por la conjunción del *corpus* y *animus* la más razonable, por lo que basta la presencia de un domicilio de consuno o la presencia mutua de voluntad de comunidad de vida para que no se reúnan en ninguno de ambos casos los elementos que conforman la causal”.

Como lo hemos afirmado líneas arriba, por la lógica en la que se inscribe la separación de hecho, esto es en el divorcio remedio, es necesario que exista una crisis matrimonial. En el caso de la separación de hecho, esta crisis matrimonial está representada, en su esencia, por la voluntad de uno o de ambos cónyuges no continuar con la comunidad

de vida. El alejamiento físico no es sino, en la mayoría de casos, la exteriorización de dicha voluntad.

Antes del Tercer Pleno Casatorio Civil, esta posición ya había sido defendida por la Corte Suprema, en la Casación 1762-2008 Lima Norte. En ese caso se estableció que la Sala Superior había interpretado erróneamente el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil al negar la posibilidad del divorcio por separación de hecho cuando los cónyuges habían dormido en cuartos separados en la misma casa por más de diez años y que no compartían nada más que el techo sobre sus cabezas. En efecto se indicó que no resulta necesario que “el alejamiento físico del cónyuge solamente se produzca cuando aquél se retire o se distancia del hogar conyugal” indicando que también podrá darse la separación de hecho cuando se den actos que evidencien que a pesar de vivir en el mismo domicilio conyugal los cónyuges no hacen vida en común, ni comparten los deberes y obligaciones en el desarrollo del hogar conyugal; sino por el contrario existe desunión conyugal, pues cada cónyuge hace su vida en forma independiente.

5.2.3 Elemento temporal

Finalmente, el elemento temporal es el que menos debate ha suscitado. Varsi (2004:50) nos indica que este elemento comprende dos aspectos: el primero referido al periodo que dependerá de la existencia de hijos menores de edad o no (2 o 4 años) y el segundo que está referido al carácter ininterrumpido que debe tener dicho periodo.

El Tercer Pleno Casatorio, en su fundamento 38, indica que “este elemento está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges”.

La pregunta que podría surgir aquí es si el carácter de ininterrumpido podría verse afectado por encuentros sexuales casuales entre los cónyuges o incluso por la procreación de un nuevo hijo durante la separación de hecho. Nuevamente, al ser el elemento central la intención de no hacer vida en común, se considerará ininterrumpido el periodo que establece la ley para conceder el divorcio por esta causal, cuando el encuentro sexual sea casual y no habitual, puesto que ello no evidenciaría un ánimo de retomar la vida conyugal o en todo caso la continuidad de afección marital.

Por último, en cuanto al tiempo que debe transcurrir para que se configure la causal, como lo hemos visto en los proyectos de ley que dieron lugar a la introducción de la separación de hecho, se tuvo en cuenta el interés superior del niño y adolescente, para exigir un plazo más lato en el supuesto que los cónyuges tengan hijos menores en común. De igual forma, para fijar el plazo de 2 años, se tomó como referencia la causal de abandono injustificada de la casa conyugal, lo que nos parece correcto por una cuestión de uniformidad de la legislación y por ser un plazo prudente para que los cónyuges se reafirmen en su intención de vivir separados.

5.3 Diferencia con la causal de abandono injustificado de la casa conyugal

La causal de abandono injustificado de la casa conyugal supone la violación del deber de cohabitación, previsto en el artículo 289 del Código Civil. Conforme lo señalaba el profesor Cornejo (1999:303)

“para que la acción (por esta causal) prospere se necesita la concurrencia de tres requisitos indispensables: que el demandado haya hecho dejación de la casa común; que tal actitud sea injustificada, lo que permite suponer que la ha inspirado el designio de destruir de hecho la comunidad conyugal; y que el abandono se prolongue por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda de dos años”.

Por su parte Plácido (2001:200) establece que

“esta causal está referida al incumplimiento del deber de cohabitación y para su configuración el demandante deberá actuar: a) la prueba de la existencia del domicilio conyugal constituido; y b) la prueba del alejamiento conyugal constituido, por un periodo mayor a dos años continuos o alternados; resultando necesario además de invocar no haber dado motivos para ese alejamiento unilateral, acreditar el cumplimiento de los deberes-derechos paterno-filiales”.

Esta causal, que es a la que más se aproxima la separación de hecho, puesto que coinciden en el alejamiento físico, con las precisiones que se han indicado para la separación de hecho, tiene varias diferencias con la causal que estudiamos.

Chiabra (2013: 124-125) señala como diferencia que la separación de hecho puede ser invocada por cualquier cónyuge incluso por el que se retiró del hogar conyugal, cosa que no se puede hacer en la causal de abandono injustificado, puesto que para esta rige la prohibición de alegación de hecho propio. Además de ello para la causal de separación de hecho no es necesario acreditar la existencia de domicilio conyugal, cosa que es totalmente necesaria en el caso del abandono injustificado de la casa conyugal.

Por su parte Cabello (2001:414) reconoce la nota distintiva de la separación de hecho con respecto a cualquier otra causal inculpatoria en la posibilidad que esta causal puede ser invocada indistintamente por cualquier de los cónyuges “ya sea a pedido de quien se encuentra en la casa común porque ha sido víctima del retiro del consorte, o que ha permanecido en ésta por acuerdo con su cónyuge” como también admite la demanda por quien se marchó de la casa conyugal.

Es cierto que una de las notas características de la separación de hecho es la posibilidad de ser invocada por cualquiera de los cónyuges, independientemente de su circunstancia. Esto no solo la diferencia del abandono injustificado, sino de todas las demás causales reguladas en el

artículo 333 del Código Civil, puesto que es la única exonerada de la aplicación del artículo 335 del mismo cuerpo legal.

Otra diferencia con respecto al abandono injustificado es que el divorcio por esta causal supone la constatación de un imputable quebrantamiento unilateral del deber de cohabitación que nace del matrimonio. En cambio, en la separación de hecho no hay constatación del quebrantamiento de algún deber marital; lo que hay es la constatación de la irremediable situación de desunión entre los cónyuges, lo que se hace tangible a través del alejamiento físico y sentimental de los que se dispusieron a compartir su suerte (consortes).

Ya desde un plano normativo, podemos anotar que el periodo de abandono injustificado no depende de la existencia o no de hijos menores de edad, siempre serán dos años. En cambio, en la separación de hecho, sí será relevante la existencia de hijos menores de edad.

También, otra diferencia apreciable es que en el abandono injustificado admite la posibilidad de acumular periodos de abandono; mientras que la separación de hecho es explícita al indicar que esto tiene que el periodo de separación tiene que ser ininterrumpido.

De igual forma, en el abandono injustificado, el cónyuge que hace dejación de la casa debe tener un ánimo de sustracción de los deberes maritales y paternofiliales. En cambio, en la separación de hecho, sucede todo lo contrario; el cónyuge demandante, en caso que sea el que dejó el hogar conyugal, deberá acreditar, en virtud del primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, que se encuentra al día en los pagos de las obligaciones alimenticias y de las demás obligaciones a las que se haya podido obligar. Nótese que lo establecido en el primer párrafo del artículo referido solo le es aplicable al cónyuge que hace dejación del hogar conyugal, dado que el cónyuge que se quedó en el hogar conyugal podrá invocar la primera parte del segundo párrafo del artículo 291 del Código Civil que establece que cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella.

En ese sentido, existen diferencias tangibles entre la separación de hecho y el abandono injustificado. Estas diferencias tangibles, en principio, deberían justificar la diversidad de efectos.

5.4 Efectos de la separación de hecho

Al margen de los efectos propios del divorcio [disolución del matrimonio (artículo 348), cesación del derecho a heredar entre sí (artículo 353), pérdida del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido anexo al suyo (artículo 24)] también la separación de hecho prevé algunos efectos específicos.

Con respecto a la cesación de la obligación alimentaria (artículo 350), debemos precisar que si bien es cierto que el tercer pleno casatorio civil ha señalado que no es de aplicación automática el artículo 350 que prescribe la cesación de la obligación alimentaria entre los cónyuges, discrepamos con dicha posición, por los fundamentos que exponemos en el siguiente capítulo,

entre ellos, por cuanto con el divorcio se extingue el título justificativo para los alimentos, el cual es el matrimonio.

En lo que se refiere a los hijos, la separación de hecho se somete a lo regulado por el artículo 340 del Código Civil, con las siguientes precisiones: El artículo prescribe que “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 (...)”. Este artículo es texto original del Código Civil de 1984, que no ha sufrido ninguna modificatoria, ni por la introducción de la separación de hecho ni por ninguna otra situación. En ese sentido, la primera parte del artículo 340 está diseñado para el divorcio sanción dentro de cuya lógica a los hijos, como regla, se les ve como premios, puesto que se confían (léase se le otorga la tenencia) al cónyuge inocente. Sin embargo, en el marco de la separación de hecho, divorcio en el cual no hay culpables ni inocentes, sino la constatación de una crisis matrimonial hecha patente por la separación de los cónyuges, no cabe premiar a un cónyuge con los hijos, sino que sólo se debe atender a la segunda parte del artículo 340 del Código Civil que refiere al bienestar de los menores y al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes. Entonces el juez en los casos de separación de hecho debe fijar la tenencia en base no a quien es el culpable o inocente, sino en base al bienestar de los hijos, que por otro lado debería ser el criterio predominante en todo tipo de divorcio, por el mandato del artículo 4 de la Constitución Política del Perú que establece que el Estado protege al niño y al adolescente y por el interés superior del niño y del adolescente, regulado en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes. Al menor no se le puede tener como medio para premiar al cónyuge inocente, sino que es fin en sí mismo, por lo que independientemente de las faltas de sus padres, el criterio primordial debe ser el bienestar de los hijos, más aún en un divorcio, en principio, objetivo, sin culpables, como la separación de hecho.

El cónyuge que goce de la tenencia de los hijos también ejercerá la patria potestad con respecto a ellos; en consecuencia, el otro queda suspendido en el ejercicio, de conformidad con el último párrafo del artículo 340 del Código Civil y el artículo 75 literal g del Código de los Niños y Adolescentes.

De igual forma, de conformidad con el artículo 342 del Código Civil, el juez debe regular los alimentos que corresponde que los cónyuges paguen a sus hijos. Consideramos que el cónyuge deudor de pensión alimenticia deberá ser el cónyuge que no obtenga la tenencia, ya que el que la obtenga, connaturalmente a la tenencia deberá prestar alojamiento, cuidado, alimentación, entre otras cosas, con lo que ya no le será exigible una pensión de alimentos en dinero.

En apariencia, otro efecto específico de la separación de hecho es el regulado en el artículo 324 del Código Civil “En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación”. Es más, el artículo 345-A tercer párrafo prevé la posibilidad de su aplicación al divorcio por separación de hecho. Sin embargo, su aplicación resulta ser un anacronismo, puesto que el artículo 324

del Código Civil es el texto original del Código Civil de 1984, es decir, que su existencia es anterior a la regulación de la separación de hecho como causal de divorcio. Más aún, el artículo 324 es heredero del artículo 204 del Código Civil de 1936 que establecía “en caso de separación de hecho se suspende para el cónyuge culpable el derecho a gananciales durante el tiempo de la separación” y éste, a su vez, es heredero del artículo 1050 del Código Civil de 1852 que establecía “la mujer que no quiera ir a habitar en casa del marido, y que contra la voluntad de este permanezca en cualquier otra, no tendrá entre tanto, derecho a los gananciales”. En relación a lo prescrito por el artículo 204 del Código Civil de 1936, Rodríguez Llerena (1937:160) comentaba que “producida la separación de hecho, se suspende el derecho a gananciales en beneficio de uno u otro; pero, únicamente, para el cónyuge culpable, lo que se define en el juicio respectivo. El cónyuge inocente continúa con todos sus derechos sobre los gananciales del otro por el tiempo que dure esa separación (...)”. Es decir, la pérdida de gananciales durante la separación de hecho está relacionada a un juicio de culpabilidad, en donde se debe determinar quién es el cónyuge culpable, lo cual es posible sólo en las causales propias del divorcio sanción. Así las cosas, será de aplicación este artículo en tanto y en cuanto se denuncie causal culposa y se acredite que entre la declaración de divorcio y la cesación de la vida en común ha existido un periodo de separación de hecho. Si no se denuncia causal culposa será imposible la constatación de cónyuge culpable, y por tanto inaplicable éste artículo.

El artículo aplicable al divorcio declarado no por causal culposa sino por separación de hecho es el artículo 319 del Código Civil (modificado, esto hay que resaltarlo, por la ley que incluye a la separación de hecho como causal de divorcio) que establece que “en los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho”. Incoherentemente, se incluye al abandono injustificado de la casa conyugal, puesto que a esta causal sí debería ser perfectamente aplicable el artículo 324 del Código Civil, por ser causal culposa. Con respecto a la declaratoria de divorcio por la causal separación de hecho, sin que medie denuncia de otra causal culposa, consideramos que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se da desde que se produjo la separación de hecho, sin que haya lugar a la sanción contemplada en el artículo 319 del Código Civil.

Por último, el artículo 345-A del Código Civil regula en su segundo párrafo una indemnización que será materia de estudio en los capítulos siguientes. En principio, se trata de una indemnización aplicable de manera específica al divorcio por separación de hecho; sin embargo, en el derecho comparado, se aprecia que indemnizaciones similares son aplicables incluso a supuesto de divorcio sanción, con algunas salvedades. Veamos.

Capítulo II

La indemnización por inestabilidad económica tras el divorcio regulada en el artículo 345-A del Código Civil

En este capítulo expondremos los principales rasgos de la indemnización que es materia de investigación. A diferencia del capítulo precedente, no podremos iniciar aquí con una definición de esta indemnización puesto que ella dependerá a la postura que sobre su naturaleza adoptemos. En ese sentido, luego de presentar el derecho objetivo, sus antecedentes y referencias comparadas, nuestra primera parada en este capítulo será el fundamento de esta indemnización, para luego pasar al estudio crítico de las distintas corrientes que se sostienen con respecto a la naturaleza jurídica y la asunción de postura con respecto a la misma.

1. Antecedentes nacionales

La investigación, como ya ha sido adelantado, se ha centrado en el estudio de la indemnización contenida en el artículo 345-A del Código Civil peruano. Como sabemos, este artículo señala que:

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

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

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

Debemos dejar constancia que el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil no está relacionado directamente con nuestra investigación, puesto que se refiere a un requisito especial de la demanda por separación de hecho, aunque, al igual que la indemnización que estudiamos, tiene como fin la tutela de los intereses de la familia.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo citado forma parte central de nuestra investigación y, por tanto, es sobre el cual incidiremos a lo largo del desarrollo de este capítulo y del próximo.

Podríamos considerar como antecedente de la indemnización estudiada, los artículos 213 y 214 del Código Civil de 1852, los artículos 260, 261 y 263 del Código Civil de 1936 y el artículo 350 del Código Civil, que ya han sido expuesto en el capítulo precedente, todos ellos referidos a los alimentos para los ex cónyuges,

con el claro propósito de proteger al cónyuge que resulte desfavorecido con el divorcio.

Así se ha considerado a las pensiones alimenticias entre ex cónyuges, en España y en Francia, como antecedentes de “pensión compensatoria” o de la prestación compensatoria, respectivamente.

En España, (Belío 2013:20) se ha considerado como antecedente de la pensión compensatoria (par español de la indemnización por inestabilidad económica en el Perú), que su antecedente histórico se encuentra en la ley de divorcio dada en 1932, durante la segunda república española, en la cual se regulaba una pensión alimenticia a favor del cónyuge “inocente” o, recíprocamente a favor de cada uno de ellos, siempre que el divorcio no implicase culpabilidad de ninguno de los cónyuges.

Por su parte, en Francia se ha tenido como antecedente de la prestación compensatoria (Delmas-Marty 1987:88) una pensión alimenticia cuya redacción hace recordar a nuestro actual segundo párrafo del artículo 350 del Código Civil. El cónyuge inocente podía obtener del cónyuge culpable una pensión de alimentos con un tope en la tercera parte de las rentas del cónyuge culpable.

El problema en el caso peruano es que, a diferencia de sus pares españoles y franceses, el artículo 350 del Código Civil, que regula la pensión alimenticia a favor de los ex cónyuges, convive con el artículo 345-A del Código Civil, que regula la indemnización por inestabilidad económica.

El artículo 345-A del Código Civil debió haber supuesto una superación a la regulación de los alimentos entre los ex cónyuges, dado que su radio de acción es potencialmente más amplio; sin embargo, el legislador ha optado por mantener los alimentos y esta indemnización, generando limitación en ambas instituciones especialmente en la indemnización estudiada.

De igual forma tenemos como antecedentes algunos proyectos de ley de introducción de la separación de hecho que hicieron referencia a la protección al cónyuge más perjudicado, entre ellos, el proyecto de ley 171/2000, que propone en los casos de separación de hecho, la aplicación supletoria de los artículos 326 y 731 del Código Civil, y el proyecto de ley 565/2000, de suma importancia para nuestro tema, puesto que propone la inclusión del artículo 345-A en el cual se regula la posibilidad de solicitar una “compensación económica” en los casos de separación de hecho por decisión unilateral. Para mayores detalles sobre los proyectos de ley que precedieron a la consagración legislativa de la separación de hecho y del efecto especial que estudiaremos, nos remitimos a lo señalado en el capítulo primero de esta tesis.

2. Análisis preliminar del artículo 345-A: planteamiento de los problemas que surgen de su texto

Ahora bien, entrando al análisis preliminar, en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, con lo primero que nos topamos es con lo siguiente: “El juez velará (...) Deberá señalar (...) u ordenar (...)”. Parece ser una

norma cuyo destinatario resulta ser el juez de la causa de divorcio por la causal de separación de hecho. Por la redacción del artículo se podría concluir que se trata de mandatos imperativos que el Juez debe cumplir. Esto ha dado origen un debate en el ámbito procesal. Se ha discutido en este ámbito adjetivo si es necesario o no demandar como pretensión accesoria la indemnización por inestabilidad económica o, formulado el debate de otra manera, si el Juez está en la obligación de otorgar una indemnización a pesar de no haber sido solicitada.

En su momento, la Corte Suprema (casación N° 606-2003-SULLANA, el Peruano 01 de diciembre del 2003) señalaba (considerando sexto) que

“interpretando dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica un perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge más perjudicado de acuerdo a la apreciación de los medios probatorios en los casos concretos (...)”.

Como se observa, la Corte Suprema pone un fuerte énfasis en la necesidad de pronunciamiento por parte de los jueces con respecto a la existencia o no de un cónyuge perjudicado. Incluso, comentando este fallo, el Dr. Álex Plácido (2004:51) califica de “ineludible obligación” la que impone la ley al juez con respecto a la estabilidad del cónyuge más perjudicado.

Sin embargo, a raíz del Tercer Pleno Casatorio Civil, esta posición se ha modificado. En efecto, con el ánimo de atender a aquellas voces críticas y de salvar la incoherencia que suponía conceder indemnización no alegada ni probada, a través de actos de malabarismo jurídico, la Corte Suprema ha establecido como precedente de observancia obligatoria (3.2) lo siguiente:

“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 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata”.

En el fundamento 80 del III Pleno Casatorio Civil (criterio que ha sido ratificado adicionalmente por el Tribunal Constitucional en STC N° 783-2013-PA/TC) establece que

“no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el

proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado”.

De ello debemos extraer que ya no procede la fijación de indemnización por la sola obligación del juez de velar por la estabilidad económica. Para que esta obligación del juez sea exigible, la parte interesada deberá pretender la indemnización de manera explícita (vía pretensión o reconvencción) o de manera implícita la indemnización, como lo reconoce la Corte Suprema en el Pleno de nuestro interés en el fundamento 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 (...)”

No profundizaremos en la conveniencia de esta solución, puesto que se trata de un tema netamente procesal, por lo que continuaremos con nuestro análisis.

Siguiendo con otro tema, el artículo *sub examine* prescribe que el Juez velará por “la estabilidad económica” del cónyuge que resulte “más perjudicado” por la “separación de hecho”. Las frases claves de esta norma, para nuestros propósitos, son “estabilidad económica” y “cónyuge más perjudicado”.

Consultado el diccionario de la Real Académica de la Lengua Española, encontramos que “estabilidad” es aquella cualidad de “estable” y esto, a su vez, significa “que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer”. Ahora bien, la estabilidad está referida a la economía; “estabilidad económica”, dice nuestro artículo, por lo que debemos consultar lo que es económica, y nos dice, como era previsible, “lo referido o perteneciente a la economía”; ahora bien, economía, en su segunda acepción, que parece la más adecuada, se refiere a “conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo”. Entonces, con el diccionario entre nuestras manos, podemos indicar que la obligación de velar por “estabilidad económica” implica cuidar que no cambie, no caiga o desaparezca la riqueza de un individuo, en este caso concreto, la del cónyuge más perjudicado; es decir, se buscaría el mantenimiento de determina situación de riqueza (poca o mucha que esta sea) del cónyuge más perjudicado tras la separación de hecho.

La otra frase que hemos apuntado como relevante, “cónyuge más perjudicado”, es de más fácil análisis. No es necesario consultar el diccionario para determinar el significado de cónyuge. Sin embargo, sí es importante consultarlo para desentrañar el significado del adjetivo que lo acompaña “perjudicado”. Perjudicado está definido como aquel “que ha sido víctima de daño o menoscabo material o moral”. Debemos tener en cuenta, además, que el legislador no habla simplemente de un cónyuge perjudicado, sino de un cónyuge más perjudicado; el “más” al ser un adverbio comparativo, denota un mayor perjuicio con respecto a otra persona, esta otra persona, no puede ser sino el otro cónyuge. Es decir, en la

lógica del legislador, habrá un cónyuge más perjudicado y otro cónyuge menos perjudicado, pero ambos sufrirán perjuicios.

Hasta aquí, literalmente analizada la primera norma contenida en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, tenemos que el Juez está obligado a cuidar que la riqueza del cónyuge más perjudicado se mantenga sin cambio, o por lo menos no caiga o desaparezca, luego de la separación de hecho.

La pregunta que surge es qué herramientas tiene el Juez para velar por la estabilidad económica del cónyuge. La respuesta la da la misma norma: el juez tendrá dos posibilidades “señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal (...)”. No es necesario profundizar demasiado para comprender que las dos herramientas señaladas por el artículo 345-A son excluyentes entre sí. Ello parte de un análisis literal puesto que “u” en su calidad de conjunción disyuntiva implica posibilidades excluyentes.

Así lo ha reconocido la doctrina desde muy temprano (Plácido 2001B:23), el cual señala que las dos posibilidades reguladas en el 345-A tienen carácter “no concurrente” indicando que, si el juzgador fija una indemnización, es improcedente la adjudicación, y viceversa.

En el Tercer Pleno Casatorio (fundamento 54) se indica que la obligación legal contenida en el 345-A se cumple “de una sola vez en cualquiera de las 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”.

Como cosa distinta, el artículo bajo comentario dispone que ya sea la indemnización o ya sea la adjudicación preferente, eso no afecta la pensión alimenticia “que le pudiera corresponder” al cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho.

La discusión sustantiva en cuanto a los alimentos radica en determinar si es que con la declaración del divorcio por separación de hecho concluye el deber de asistencia y, por tanto, la obligación recíproca de prestarse alimentos o, por el contrario, esta persiste.

Desde un análisis literal de la frase “la pensión de alimentos que le pudiera corresponder” es difícil dar una respuesta a la discusión que hemos apuntado, ya que la utilización del pretérito imperfecto subjuntivo “pudiera” (que puede ser reemplazado por pudiese o podría) no deja claro en qué supuestos al cónyuge más perjudicado “le pudiera corresponder” la pensión de alimentos, por lo que la discusión sobre este tema la postergaremos para poder analizarla con otros métodos que permitan su exacta comprensión. Lo que si queda claro es que la pensión de alimentos a la que se hace referencia, es una tutela diversa a la indemnización o la adjudicación preferente de bienes que no son concurrentes entre sí.

Hasta aquí podemos identificar los diversos problemas que surgen del texto del artículo 345-A.

El primer problema que surge es uno de índole procesal. En el caso de la separación de hecho el Juez debe de oficio velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado o, por el contrario, esto debe hacerse valer a pedido de parte.

El segundo problema que podemos anotar es el referido a los alimentos luego de declarado el divorcio por la causal de separación de hecho. En este caso, la pregunta que se pretende responder es en qué supuesto le corresponde una pensión de alimentos al cónyuge más perjudicado por la separación.

Un tercer problema está relacionado con la definición de estabilidad económica y la identificación del cónyuge más perjudicado.

Y un último problema que podemos identificar es el estudio de las herramientas que el Juez tiene para velar por la estabilidad económica, esto es la indemnización por daños y la adjudicación preferente de bienes.

Será materia de nuestra investigación el cuarto problema, pero aún con más énfasis, el tercer problema, puesto que como lo anuncia el título de esta tesis, nuestro objetivo primordial es determinar los criterios que permitan identificar al cónyuge más perjudicado tras la separación de hecho.

3. Breve referencia al derecho objetivo extranjero

Citaremos aquí el derecho objetivo de diversos países que serán de nuestro interés a lo largo de lo que resta de la tesis. Dejamos constancia que lo contenido en este acápite es mera referencia para que, cuando mencionemos tal o cual artículo de un código o ley extranjera, el lector no tenga que recurrir a consultar por sus propios medios la norma extranjera. En este acápite no explicaremos ni citaremos jurisprudencia o doctrina extranjera, cosa que sí haremos cuando apliquemos el método comparado para la explicación de determinado punto de nuestra tesis. Con dichas advertencias empecemos.

Por ser el ordenamiento que más ha influido en nuestro medio con respecto al asunto que nos convoca, citaremos en primer lugar a los artículos pertinentes del Código Civil español. El símil a nuestro artículo 345-A viene a ser el artículo 97 del Código Civil español que indica:

“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 sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1° Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2° La edad y el estado de salud.

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

4° La dedicación pasada y futura a la familia.

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

6° La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7° La pérdida eventual de un derecho de pensión.

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

9° Cualquier otra circunstancia relevante.

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

Este es el texto actual del artículo 97 del Código ibérico desde la modificación producida por la ley 15/2005 del 8 de julio del 2005.

Ahora bien, otro ordenamiento importante en nuestra investigación será el francés que regula lo que ha denominado *prestation compensatoire*. El ordenamiento francés regula la prestación compensatoria entre los artículos 270 a 281 de su Código Civil. De los artículos más relevantes encontramos el artículo 270 del Código Civil francés cuyo texto vigente (a partir del 01 de enero del 2005) señala que

“El divorcio pone fin al deber de asistencia entre los esposos. Uno de los cónyuges puede ser obligado a entregar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, el desequilibrio que la ruptura del matrimonio crea entre las condiciones de vida respectivas. Esta prestación tiene carácter de un tanto alzado. Esta prestación toma la forma de un capital el cual es fijado por el juez”.

Sin embargo, el juez puede rechazar la concesión de una prestación si la equidad lo aconseja, sea en consideración de los criterios previstos en el artículo 271, sea que el divorcio se ha declarado por culpa exclusiva del cónyuge que solicita esta prestación, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la ruptura.

De igual forma, el artículo 271 del Código Civil francés establece (texto vigente desde 11 de noviembre del 2010) que

“la prestación compensatoria es fijada según las necesidades del cónyuge al cual le es concedida y a los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación al momento del divorcio y de la evolución de la misma en el futuro previsible.

A este efecto, el juez tomará en cuenta especialmente:

- La duración del matrimonio
- La edad y el estado de salud de los esposos
- Sus cualificaciones y sus situaciones profesionales;
- Las consecuencias de las decisiones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante la vida en común por la educación de los hijos y el tiempo que será necesario aún después de la ruptura o las decisiones tomadas para favorecer la carrera de su cónyuge en detrimento de la propia.
- El patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en ingresos, después de la liquidación del régimen patrimonial;
- Sus derechos existentes y previsibles;
- La situación de los cónyuges en materia de pensiones de jubilación estimando, en tanto sea posible, la disminución de derecho de jubilación que pueda haber sido causada, para el cónyuge acreedor de la prestación compensatoria, por las circunstancias previstas en el sexto párrafo”.

Otro ordenamiento muy interesante por su regulación es el chileno que hace muy poco ha admitido el divorcio y con él ha regulado lo que ha denominado compensación económica. Esta compensación económica se encuentra regulada entre los artículos 61 a 66 de la ley 19947, ley del matrimonio civil. En este caso, el artículo 61 establece que

“Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”

Mientras que el artículo 62 fija criterios para la determinación de la compensación económica de la siguiente forma:

“Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional

y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”.

Al margen de los que hemos señalado, evidentemente, existen otros derechos objetivos igualmente interesantes, como por ejemplo la regulación plasmada en el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina que en su artículo 441 regula la compensación económica por el divorcio, o el artículo 5 numeral 6 de la ley 898 del 1 de diciembre de 1970 de la República de Italia, que regula *l'assegno di divorzio*, o la regulación que hace sobre el BGB sobre el manutención entre los cónyuges divorciados, eso entre los parágrafos 1569 a 1587. Sin embargo, para nuestro estudio, principalmente, vamos a valernos del derecho francés, español y chileno.

4. Naturaleza jurídica de indemnización fijada para velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado

En esta sección, en primer lugar, expondremos cada una de las corrientes que han sido esgrimidas en nuestro entorno y, en segundo lugar, asumiremos posición por una de ellas.

4.1 Naturaleza alimentaria

En nuestro medio esta posición no ha sido defendida, por el contrario, ha sido negada a nivel doctrinario y jurisprudencial.

En la doctrina, Alfaro (2011:71) establece que lo contenido en el artículo 345-A no tiene naturaleza alimentaria

“principalmente porque no es un presupuesto para la indemnización que el cónyuge beneficiario carezca de medios suficientes para su subsistencia; en otras palabras, para la procedencia de la indemnización derivada de la separación de hecho, no es imperativo o absoluto que se alegue y demuestre su situación de necesidad, que es propiamente para el caso de los alimentos; por cuanto el perjuicio económico al que se refiere el artículo 345-A no es necesariamente sinónimo del estado de necesidad”.

El propio autor (Alfaro 2011:70) señala otro motivo que emana del propio 345-A, ya que este artículo indica que la indemnización o adjudicación se concederán sin perjuicio de los alimentos, por lo que es válido llegar a la conclusión, por descarte, que la indemnización no tiene la naturaleza alimentaria.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tercer Pleno Casatorio Civil también descartó esta naturaleza al fijar en el considerando 55 que “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 restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge”.

Como se puede apreciar, en nuestro ordenamiento es claro el rechazo a la naturaleza alimentaria, puesto que su negación emana de la propia lectura del artículo 345-A. Además, que, por efecto mismo del divorcio, de conformidad con el artículo 350 del Código Civil, los alimentos se extinguen entre los cónyuges, ello debido a la liberación del deber de asistencia mutua.

4.2 Naturaleza jurídica de responsabilidad civil o resarcitoria

Dentro de este acápite vamos a exponer las razones que dieron en su momento distintos autores que sostenían que lo regulado en el artículo 345-A respondía a la naturaleza jurídica resarcitoria o de responsabilidad civil y que, por tanto, tenía como finalidad resarcir los daños que producía la separación de hecho.

Dentro de este acápite se analizarán dos posturas; la de aquellos autores que sostienen que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual y la de aquellos otros que sostienen que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

4.2.1 Responsabilidad civil contractual

Uno de los más destacados exponentes de esta posición es el Dr. Castillo Freyre, quien afirma que el supuesto contenido en el artículo 345-A del Código Civil es un supuesto especial de responsabilidad civil, pero que se rige supletoriamente por la responsabilidad contractual. En efecto, Castillo (2010:202) indica que

“en el caso del matrimonio como hemos sostenido, no estamos ante la estricta presencia de un contrato, pero el acto jurídico matrimonial dista mucho más de los actos ilícitos que- tradicionalmente- han generado el deber de indemnizar, basados en el viejo principio de que no se debe causar daño a otro y que, si se causara, se estaría obligado a indemnizar. Estos deberes indemnizatorios se basan en la ausencia de una relación jurídica preexistente entre el causante del daño y la víctima, situación que- a todas luces- es ajena a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento y los deberes y obligaciones propios del matrimonio”.

Y concluye el Dr. Castillo

“por lo expuesto (...) soy del parecer de que la responsabilidad que se deriva del divorcio por causal y de la separación de hecho, es una responsabilidad con características propias, que se puede regir supletoriamente por los principios de la responsabilidad de

tipo contractual, por lo que, en consecuencia, el factor de atribución sería uno de tipo subjetivo”.

Otro exponente de esta corriente, cuyo artículo ha sido publicado luego del Tercer Pleno Casatorio, es Tantaleán (2013:55) quien sostiene que la responsabilidad derivada de la inejecución de los deberes jurídicos nacidos del matrimonio “recae en lo que denominamos responsabilidad convencional”, al cual por integración jurídica se le deben aplicar las reglas de la responsabilidad civil contractual. Este autor señala que se denomina “responsabilidad convencional a la que surge del daño generado por la inejecución de deberes nacidos de un pacto, convenio, acto o negocio jurídico que no es un contrato como acontece, *verbi gratia*, con el matrimonio, el testamento, la adopción, etc.”. (Tantaleán 2013: 54)

Como se aprecia Tantaleán considera necesario la creación de una nueva voz de responsabilidad civil, en este caso “responsabilidad convencional”, por cuanto estima que el matrimonio no es un contrato y que por tanto la responsabilidad derivada del incumplimiento de deberes matrimoniales no puede considerarse un supuesto puro de responsabilidad civil contractual. Sin embargo, Tantaleán (2013:55), de modo circular, agrega que “todo el tratamiento de la responsabilidad convencional en general se rige por las disposiciones previstas para la responsabilidad contractual (...)”.

Como se puede apreciar, si bien ambos autores reconocen, cada uno a su manera, que la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes matrimoniales no es un supuesto de responsabilidad civil contractual pura, sí aceptan la aplicación supletoria de la responsabilidad contractual, por cuanto el matrimonio, según esta posición, tiene más en común con el contrato que con los ilícitos civiles propios de la responsabilidad extracontractual.

4.2.2 Responsabilidad civil extracontractual

Esta es la posición que, en nuestro país, ha tenido más adeptos. En efecto, desde muy temprano, lo regulado en el segundo párrafo del artículo 345-A se relacionó con la responsabilidad civil extracontractual o, en todo caso, con un supuesto especial de responsabilidad civil, pero al cual le eran aplicables las reglas de la responsabilidad *aquiliana*.

Por ejemplo, el Dr. Plácido (2004: 5) señala que

“se trata de un supuesto tipificado de responsabilidad civil familiar, que está referido a la trascendencia de la separación de hecho, como causal invocada y probada de la separación de cuerpos o del divorcio, hacia el cónyuge perjudicado y que resulta de la conducta antijurídica del consorte que la motivó”.

Ahora bien, para explicar aquello de responsabilidad civil familiar es necesario recurrir a otra obra del autor quien señala que la

responsabilidad civil familiar “es de tipo extracontractual al sustentarse en la existencia entre las partes del vínculo jurídico familiar que los relaciona y al que no puede extenderse el concepto de contrato al no tener por contenido obligaciones o derechos creditorios”. (Plácido 2001:381)

De igual forma, Beltrán (2010:23) indica que a la indemnización regulada en el artículo 345-A debe aplicarse supletoriamente las normas de responsabilidad civil extracontractual “en tanto el matrimonio no es un contrato sino una institución que genera deberes y derechos entre los cónyuges (...)” indicando la autora que, especialmente, en la separación de hecho se afectan los deberes de cohabitación, asistencia y fidelidad, entre otros.

Incluso después del Tercer Pleno Casatorio esta tesis ha sido defendida por el Dr. Juan Espinoza (2011:57-64) quien ha criticado la posición adoptada por el Tercer Pleno Jurisdiccional Civil. Espinoza (2011:60) señala que

“si es tarea del juez determinar quién es el cónyuge que resulta “más perjudicado”, deberá individualizar los actos que los perjudicaron (o dañaron). Ello implica, inevitablemente hacer un análisis del comportamiento de la pareja, es decir, la culpa o el dolo. En el caso materia del pleno casatorio, la infidelidad y el maltrato físico califican el factor de atribución subjetivo de dolo. Ello evidencia que el voto de la mayoría del pleno pretende tapar el sol con un solo dedo: no se puede evitar el análisis del título justificativo de la responsabilidad civil”.

Y reitera su posición de la siguiente forma:

“si los hechos tienen que ser acreditados para que se compruebe quién es el “más perjudicado”, si se tiene que analizar la conducta del “menos perjudicado” (*rectius*, el que daña) y el pretensor (de la indemnización) tiene que acreditar el nexo causal y el daño, inequívocamente (por más que el voto de la mayoría diga otra cosa) estamos ante un supuesto de responsabilidad civil”.

Una vez definida por parte del profesor Espinoza la naturaleza de responsabilidad civil, se decanta por la responsabilidad civil extracontractual de la indemnización concedida en virtud del artículo 345-A, puesto que “el hecho que motiva la indemnización se da por la calidad de cónyuge y esta es una situación jurídica proveniente de la relación jurídica matrimonial (que no tiene carácter contractual ni obligacional)”. (Espinoza 2011:64).

Como observamos, la doctrina se apoya en la responsabilidad civil extracontractual para caracterizar la indemnización contenida en el artículo 345-A, por cuanto, a diferencia de la posición expuesta en el acápite precedente, se considera que el matrimonio al no ser un contrato (no tiene contenido patrimonial), no se le pueden aplicar las reglas de la inejecución de las obligaciones, y que, por tanto, se le debe

aplicar lo regulado en el artículo 1969 del Código Civil, es decir, la responsabilidad *aquiliana*.

En una reciente sentencia (N° 782-2013-AA del 25 de marzo del 2015) el Tribunal Constitucional, tomando como referencia el Tercer Pleno Casatorio Civil, ha calificado a esta indemnización como “indemnización por responsabilidad civil familiar” (fundamento 7) y que está destinada a indemnizar el “perjuicio causado a uno de los cónyuges como consecuencia de la negativa injustificada de otro cónyuge de reanudar o continuar la cohabitación en el domicilio conyugal, sin que existan hechos imputables al primero (...)” (fundamento 11).

Como podemos apreciar, esta posición continúa con arraigo en nuestra judicatura del más alto nivel.

4.2.3 De los daños usuales en la separación de hecho conforme a esta posición

La autora Beltrán (2010:24) señala que los daños que usualmente se invocan en los procesos de separación de hecho son el daño psíquico, el daño al honor, el daño a los sentimientos y el daño al proyecto de vida.

Con respecto al daño a los sentimientos podemos apreciar el siguiente análisis de la Corte Suprema (Cas. 2760-2010 Arequipa considerando 10):

“En el caso de autos, conforme se advierte de la propia declaración del demandante, prestada en la audiencia de pruebas, fue el accionante quien se alejó del hogar conyugal y posteriormente sostuvo una relación convivencial con otra persona con la que ha procreado dos hijos, faltando así a sus deberes de fidelidad y asistencia en menoscabo de los sentimientos afectivos de su cónyuge (...)”.

De igual forma, y con mayor desarrollo en la doctrina y jurisprudencia, encontramos el daño al proyecto de vida matrimonial. Este daño ha sido definido por la casación 4921-2008 Lima fundamento 12,

“como aquel que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es realizarse juntos a través del matrimonio, y por ende idearon, escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos para dicho fin; los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifestaron en que uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor y aquel asume la de cuidado, crianza, protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conforman, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el

actuar del referido cónyuge proveedor el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho”.

Se ha llegado a indicar que el daño al proyecto de vida matrimonial fue el que motivó la realización del Tercer Pleno Casatorio. Así Tantaleán (2013:51-52) indica que “cada uno de los integrantes de la pareja matrimonial tiene por sí mismo también un proyecto de vida matrimonial en construcción, el cual podría ser truncado por el otro consorte. Justamente esa es la situación prevista en el artículo 345-A y que motivó el Pleno *sub examine*”.

Sobre este mismo daño al proyecto de vida matrimonial se han publicado estudios y opiniones como las de Caballero (2010:165-173) en donde el autor postula que el daño al proyecto de vida matrimonial no es un supuesto de daño al proyecto de vida, puesto que éste tiene carácter personal, es consecuencia del daño psicosomático y causa un vacío existencial, mientras que el daño al proyecto matrimonial tiene un carácter conjunto, es consecuencia de la separación de hecho y ocasiona un perjuicio económico.

Dentro de los seguidores de la posición resarcitoria del artículo 345-A ha habido deserciones en este punto puesto que algunos no admiten el resarcimiento a daños de este tipo. En efecto, el Dr. Castillo (2010: 205) ha criticado el resarcimiento del daño al proyecto de vida matrimonial, puesto que considera que el desamor es un riesgo implícito en la relación matrimonial y que la eventual indemnización debería limitarse simplemente al daño moral y no extenderse al daño a la persona.

Sin perjuicio de la bien documentada y sostenida crítica tanto al daño a la persona como al daño al proyecto de vida por parte, principalmente, del Dr. Leysser León (2007-b: 9-25), el mismo Tercer Pleno Casatorio Civil en su fundamento 70 se encarga de descartar el daño al proyecto de vida y su ramificación familiar, el daño al proyecto de vida matrimonial, al indicar que

“la aplicación del concepto de proyecto de vida- y por extensión el de proyecto de vida matrimonial- a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, 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”.

Por lo que, por lo menos en lo que respecta al divorcio y a la separación de hecho, el daño al proyecto de vida matrimonial no debería tener ninguna atribución económica, sea a título resarcitorio o indemnizatorio. Sin perjuicio de ello, debemos dejar establecido que los términos en los que se manifiesta la casación 4921-2008 Lima resultan sugerentes, puesto que más que un daño al proyecto de vida matrimonial reconocemos la descripción de un funcionamiento económico familiar el cual, al momento de la crisis familiar, va a sufrir una alteración que puede devenir en un daño o perjuicio al cónyuge que no desempeña actividad lucrativa.

Finalmente, debemos agregar que en una interesante investigación de corte jurisprudencial Carreón (2012:66) da cuenta de una nueva voz de daño recogida (o creada) por el Segundo Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa: el daño por dependencia económica. Con respecto a este daño el autor indica que este daño podría asimilarse al lucro cesante ya que se refiere a los ingresos que el cónyuge perjudicado dejaría de percibir. Según la investigación

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

4.2.4 **Apreciación crítica de estas posiciones**

La discusión sobre si lo contenido en el artículo 345-A se trataba de un supuesto de responsabilidad contractual o uno de responsabilidad extracontractual es una extensión de la clásica discusión acerca de algunas zonas grises entre estas categorías de la responsabilidad civil (Espinoza 2013:55-86; León 2006: 1-19). En el caso concreto, la discusión se remite a determinar la naturaleza del matrimonio mismo, puesto que, determinando la naturaleza del matrimonio, contrato o institución, creador de obligaciones o deberes, se podía determinar a su vez, accesoriamente, la naturaleza de la indemnización regulada en el artículo 345-A. En efecto, si el matrimonio se asemejaba al contrato, a la responsabilidad civil derivada del divorcio en general y de la separación de hecho, en particular, se le aplicaría supletoriamente las reglas de la responsabilidad civil contractual. En cambio, si al matrimonio se le negaba de manera tajante la naturaleza de contrato (se afirma que es una institución), entonces no cabía la responsabilidad civil contractual, sino lo que había que aplicar, por descarte, es la responsabilidad civil extracontractual.

No negamos que tal vez la posición más intuitiva o natural con respecto a lo regulado en el párrafo segundo del artículo 345-A sea la

de sostener que se trata de un supuesto de responsabilidad civil, puesto que el indicado párrafo señala que se deberá ordenar una “indemnización por daños, incluyendo el daño personal”. Dicha frase, propia de la responsabilidad civil, sin duda, nos podría conducir a afirmar la naturaleza resarcitoria.

Esta posición ha tenido un tiempo de auge e incluso de asunción indiscutible por parte de autores y jurisprudencia. Sin embargo, de un tiempo a esta parte se le viene cuestionando.

Una de los primeros cuestionamientos lo hizo el Dr. León en un artículo que tenía como finalidad no tanto discutir la naturaleza del artículo 345-A del Código Civil, sino tratar sobre los daños endofamiliares, su cuantificación y criticar el daño al proyecto de vida. Sin embargo, en León (2007: 82) se lee un párrafo pionero en nuestro país con respecto a la crítica de la posición resarcitoria que hemos reseñado. Se indica que

“A rigor de términos, esta norma no regula un supuesto de responsabilidad civil. En sí misma, la separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que ciertamente, puede ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados”.

Sin embargo, en ese momento no se hizo mayor desarrollo de porque no sería un supuesto de responsabilidad civil, simplemente se dijo que “la alternativa remedial”, es decir, la posibilidad de que se fijase una indemnización o se adjudicase bienes, “resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica”.

Por otro lado, Alfaro (2011: 89) opina que lo regulado en el artículo 345-A no corresponde a un supuesto de responsabilidad civil

“ya que, entre otros aspectos, no se presenta el elemento de la antijuridicidad o la imputación de la conducta del otro; y menos todavía se presenta la figura del daño. Consecuentemente, bajo ningún argumento coherente con el derecho comparado, sería correcto decir que el cónyuge más débil ha sido víctima de un daño. Menos aún sería válido afirmar que el autor de ese menoscabo o “daño” sea el cónyuge deudor”.

En efecto, es cierto que, en el derecho comparado, como veremos más adelante, se alejan de cualquier denominación que pueda relacionar la indemnización estudiada con la responsabilidad civil. El derecho comparado es importante, pero no basta para descartar esta posición, es necesario dar motivos de orden interno.

Nosotros podemos agregar los siguientes motivos por los cuales lo regulado en el artículo 345-A no es un supuesto de responsabilidad civil:

- a) Al introducirse en nuestro ordenamiento la separación de hecho como causal de divorcio y concedérsele a ambos cónyuges la posibilidad de divorciarse, lo que en el fondo se estaba haciendo era reconocer el derecho de los cónyuges a disolver el matrimonio de manera unilateral. Este derecho a disolver el matrimonio de manera unilateral, viene en consonancia con lo anotado por el doctor Yuri Vega (2003:42)

“la familia no es una entelequia: no es un sistema corporativista que cercena la individualidad de sus miembros o que arrase con su personalidad, convirtiéndolos en una pieza más de un engranaje. Y es que, quiérase o no, y aun cuando parezca una tendencia opuesta a la publicización de ciertos temas de la vida familiar, vivimos una etapa de franco redimensionamiento de la autonomía privada al interior de la familia, especialmente en cuanto atañe a la continuidad de la vida conyugal, pues se viene acentuando la vieja idea romana del permanente consensualismo matrimonial para sostener la unión conyugal y no solo basar la subsistencia por haberse obtenido, en el momento de la ceremonia, el “sí de las niñas””.

En ese sentido, conceder un resarcimiento por daños en el supuesto de la separación de hecho, supuesto en el cual se permite alegar causa propia, supondría contravenir el artículo 1971 inciso 1 del Código Civil que establece que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho.

Muchos podrían decir que eso generaría un ámbito de impunidad, puesto que la separación muchas veces va ligada al quebrantamiento de otros deberes como el de fidelidad o el de asistencia. Nosotros contestamos a dicha crítica indicando que el cónyuge agraviado por los quebrantamientos de su pareja tiene un buen número de causales culposas dentro de las cuales puede encuadrar la conducta agravante. Si no accionó en su momento, si toleró, si perdonó y, peor aún, si ante una demanda de separación de hecho no reconvino alegando una causal culposa, entonces quien genera la impunidad no es sistema sino la persona misma que con su inercia no abrió el debate al cause culposo del divorcio.

- b) Si observamos el artículo 345-A del Código Civil, podremos apreciar que la “indemnización por daños” y adjudicación preferente de bienes tienen como finalidad velar por el equilibrio económico; no tiene por finalidad ni resarcir ni prevenir ni castigar; sí tiene como finalidad tutelar la estabilidad económica del cónyuge que se ve perjudicado por la separación de hecho. Es decir, a través de este artículo el sistema pretende ayudar al cónyuge más perjudicado económicamente tras la separación de hecho y el

divorcio para que éste luego de la destrucción de la economía familiar pueda generar una economía independiente a su ex cónyuge en la medida de lo posible. No es propósito del artículo 345-A del Código Civil resarcir la violencia física o psicológica, la infidelidad, el incumplimiento del pago de los alimentos.

- c) La referencia a la “indemnización por daños, incluido el daño personal”, debe atribuirse a problemas de la técnica legislativa. En efecto, el artículo 345-A no es el primer artículo ni creemos que sea el último, en el cual el legislador hace referencia a daños y perjuicios en supuestos en los cuales a todas luces no concurren los elementos de la responsabilidad civil. Por ejemplo, en el caso del artículo 1052 del Código Civil se establece que: “La servidumbre del artículo 1051 es onerosa. Al valorizársela, deberán tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente”. El artículo 1051 del Código Civil nos habla de la servidumbre legal de paso en el caso de los predios enclavados. En este caso, por más que se diga que deberá tenerse en cuenta los daños y perjuicios, ¿se podría afirmar en este caso que se trata de un supuesto de responsabilidad civil? Por supuesto que no. No existe criterio de imputación alguno (culpa, dolo, riesgo, ninguno encaja). Lo que existe es un detrimento objetivo en el patrimonio del propietario del predio sirviente, el cual debe ser compensado, pero no a título de responsabilidad civil.
- d) Si la separación de hecho como causal de divorcio se considera una causal remedio, es decir, que prescinde de toda culpa y que simplemente verifica una determinada situación fáctica que refleja una crisis matrimonial, entonces las consecuencias que se derivan de la separación de hecho deberían ser igualmente objetivas y, por tanto, sin ingresar al campo de los criterios de atribución subjetivos (dolo o culpa). Aquí no se puede confundir cuando decimos objetivo no nos estamos refiriendo a la responsabilidad civil objetiva (artículo 1970 del Código Civil), ya que el matrimonio o el divorcio pueden ser considerados seriamente como actividades riesgosas o peligrosas.

4.3 Naturaleza jurídica de obligación legal indemnizatoria

4.3.1 Doctrina partidaria

Como ya lo hemos señalado, a partir de la opinión de León (2007: 81) con respecto al artículo 345-A del Código Civil, empieza una nueva tendencia sobre todo en doctrina, pero que ha encontrado eco parcial en la jurisprudencia.

León (2007:81) señala que el artículo 345-A no contiene un supuesto de responsabilidad civil, sino que “a lo sumo (...) lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de

la sociedad conyugal”. Es decir, el Dr. León en este párrafo propone la diferencia entre resarcimiento, como voz propia de la responsabilidad civil, frente a la indemnización, como voz ajena de la responsabilidad civil.

Años más tarde, el Dr. Rómulo Morales (2011: 49), apoyando esta posición, expondría, con soporte de Cesare Salvi, la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento indicando que lo que caracteriza las obligaciones indemnizatorias

“no es la circunstancia que un daño “lícitamente producido (según llaman actos lícitos dañosos), y ni siquiera los criterios para la determinación del *quantum* (que generalmente se refieren a un resultado inferior a la pérdida efectiva); sino al hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente al daño para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente permanente de la esfera jurídica de los sujetos, con incremento de una sobre otra. La obligación indemnizatoria deriva, por lo tanto, de la exigencia –conforme a un principio general en materia de desplazamientos patrimoniales- de garantizar una justa contrapartida al sujeto cuya esfera jurídica es afectada”.

En esos términos, el Dr. Rómulo Morales (2011: 55) indica que

“el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil prevé un derecho de indemnización a favor del cónyuge perjudicado por la separación de hecho y del divorcio a fin de restablecer el desequilibrio económico y, consecuentemente, alcanzar una situación de estabilidad económica. Es impertinente argumentar que este restablecimiento es por daño moral o por “daño a la persona”.

De igual forma, León en el prólogo al libro de Alfaro (2011: 9) señala que el deslinde entre el resarcimiento y la indemnización:

“no puede estar limitado al seno doctrinal. Tampoco son comprometedores (ni tienen por qué serlo) los descuidos del legislador nacional. El “resarcimiento” es una obligación que nace de un acto generador de responsabilidad civil; es el resultado, además de un juicio, de una operación del intelecto en la que se verifica, sobre la base de un criterio de imputación, la concurrencia del daño y de la relación de causalidad. La “indemnización”, en cambio, tiene como fuente a la ley; las más de las veces es el propio legislador quien da las pautas para su estimación, pero siempre al margen de todo criterio de imputación (indemnización por expropiación e indemnización por despido; pero también, por ejemplo, la indemnización del incapaz de discernimiento; indemnización por ruptura de sponsales; etc.)”.

Como vemos, ambos autores proponen la distinción dogmática entre resarcimiento e indemnización, que resulta útil para distinguir y agrupar los supuestos propios de la responsabilidad civil y aquellos otros supuestos en los cuales exista un detrimento o un desequilibrio

patrimonial, pero en los que no concurren los elementos de la responsabilidad civil, a pesar de lo cual el ordenamiento genera una obligación en una persona a fin de que compense o reequilibre la situación del afectado.

A la fecha, esta distinción viene siendo desarrollada en distintos trabajos que postulan la diferenciación de remedios. En efecto, contamos con el trabajo del Dr. Fernández Cruz (2015) quien, si bien no acoge directamente la distinción de términos, si distingue entre tutela resarcitoria y tutela restitutoria (dentro de la cual ubica el enriquecimiento sin causa); en ese sentido, sobre la exclusión del enriquecimiento sin causa de los predios de la responsabilidad, concluye que (Fernández 2015:403) “El enriquecimiento sin causa no busca restablecer el equilibrio patrimonial que ha sido alterado directamente producto de un daño, y esto lo diferencia sustancialmente de la tutela resarcitoria, que es un medio de defensa previsto por el ordenamiento jurídico exclusivamente contra los daños injustamente sufridos. (...) La disciplina del enriquecimiento sin causa prescinde en absoluto de los criterios de imputación y, en particular, no se puede hacer referencia al requisito subjetivo del dolo o culpa, lo que aparta a esta forma de tutela totalmente de la normativa general de la responsabilidad civil (...)”.

Por otro lado, Monroy (2015:27) en una tesis que aplica la distinción al campo laboral, señala que “con relación a ello, en las “indemnizaciones”, se aprecia que no existe un juicio u orden esquematizado establecido *ex ante*, para su configuración y su propio nacimiento, por lo que a diferencia de la configuración de un supuesto de responsabilidad civil- y por ende el nacimiento de un “resarcimiento”- las “indemnizaciones” solo están y nacen bajo el arbitrio puro del legislador, siguiendo o no una justificación preestablecida, y cuando sigue una justificación ésta no es unitaria para todos los supuestos “indemnizatorios”, lo que revela a todas luces la ausencia de una coherente esquematización para su configuración, a diferencia de la configuración de un supuesto aquiliano”.

Regresando a la aplicación de la distinción entre indemnización y resarcimiento, pero desde otra perspectiva, también ha sido apoyada esta tesis por Zapata (2009:537) quien señala que:

“la indemnización establecida por la ley para los supuestos de separación de hecho, si bien lleva el nombre de “indemnización por daño”, no podrá ser definida en rigor como tal, pues los “daños” sufridos como consecuencia de la separación de hecho no necesariamente corresponde a una conducta antijurídica y culpable; además, de considerarse una indemnización por daño, equivaldría a sostener que el matrimonio es en sí mismo una actividad riesgosa y que objetivamente debe indemnizarse el sufrimiento de uno de los cónyuges por el divorcio causado por el otro aun cuando éste no fuese culpable; pero ni el matrimonio ni el divorcio son actividades o actos riesgosos, por ello, el ejercicio

de este derecho establecido por la ley corresponde a otra concepción que es precisamente la de ampliar la protección del derecho a supuestos ajenos a la responsabilidad civil extracontractual, pero en los que existe comprobación de un perjuicio para algunas de las partes; no obstante ello continuaremos utilizando el término indemnización, en sentido amplio, incluyendo este supuesto establecido por la ley”.

En ese entendido, Zapata afirma que se trata de un supuesto de “indemnización por sacrificio”, el cual es definido por el profesor español Díez-Picazo (1999:56-57) en el siguiente sentido:

“El hecho de que la responsabilidad civil extracontractual cumpla con la función de indemnizar un daño, obliga a separar de nuestro campo las compensaciones que las leyes atribuyen, en muchos casos, a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de derecho subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares. En las leyes y en la práctica jurídica se las denomina a veces “indemnización” y no existe inconveniente en admitir un uso amplio y equívoco de la palabra, siempre que se tenga bien claro que las “indemnizaciones por sacrificio” son netamente distintas de las genuinas “indemnizaciones de daños”.

El profesor español, con el objeto de graficar su punto, al igual que el doctor León líneas más arriba, cita como ejemplos, la adquisición de la propiedad por accesión, la constitución forzosa de servidumbres, la expropiación, etc.

Incluso el apoyo a esta posición ha venido de ultramar, aunque sin mucha profundidad, el profesor español Richard Aguilar (2014: 103) ha señalado, en base a la experiencia española y catalana, que el artículo 345-A al haberse inspirado en la pensión compensatoria española, no tiene naturaleza alimenticia ni de una indemnización por daños, sino que “la razón de ser de la pensión compensatoria radica en la intención del legislador de compensar aquel desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges, respecto al otro, una vez producida la crisis matrimonial o ruptura de la convivencia y todo ello basado en la solidaridad”.

4.3.2 El III Pleno Casatorio Civil y la naturaleza jurídica

El Tercer Pleno Casatorio Civil, en principio, se decanta por la última posición reseñada. Así lo señala en el fundamento 54

“para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal (...) 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”.

Ello lo recalca en el precedente vinculante N° 6 del mencionado pleno que establece

“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”.

Es decir, en principio, de la lectura de lo recién citado, uno podría concluir que el Pleno Casatorio ha adoptado una posición estrictamente objetiva, lo que sería coherente con la separación de hecho y con la naturaleza del divorcio remedio. Sin embargo, con ese ánimo ecléctico que inspira muchas de las decisiones de nuestro máximo tribunal, se trata de hacer equilibrio entre aspectos objetivos y subjetivos, lo que termina por desnaturalizar la finalidad del artículo 345-A del Código Civil, que no es otra que “velar por la estabilidad económica”.

En efecto, en el fundamento 50 del Pleno Casatorio se precisa 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 ese 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 la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio; c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral”.

Como se puede apreciar, si bien en principio estaría acogiendo una posición objetiva para definir la naturaleza del instituto estudiado; sin embargo, luego se contradice, en su intento de conciliar su posición inicial con otras posiciones, y con la interpretación literal de la norma (pues la norma dice “indemnización por daños”), y terminan por admitir que es necesario recurrir a la culpa o dolo, que son criterios de imputación subjetivos que sirven para el análisis de la responsabilidad civil.

El Pleno Casatorio es tan contradictorio que, a pesar de haber establecido, en el fundamento 50, que es necesario recurrir a la culpa o el dolo, sin embargo, tan solo 9 fundamentos después, en el fundamento 59, señala que

“para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni

la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho, y en su caso con el divorcio en sí”.

Estas contradicciones han sido bien apuntadas y aprovechadas para sustentar la posición que propugna la naturaleza jurídica de responsabilidad civil. Así, el Dr. Juan Espinoza Espinoza ha señalado que

“si los hechos tienen que ser acreditado para que se compruebe quién es el “más perjudicado”, si se tiene que analizar la conducta del menos perjudicado (*rectius*, el que dañó) y el pretensor (de la indemnización) tiene que acreditar el nexo causal y el daño, inequívocamente (por más que el voto de la mayoría diga otra cosa) estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil”. (Espinoza, 2011:64)

Al parecer, parte de la fundamentación del Pleno Casatorio vendría inspirada en el desarrollo hecho por Zarraluqui (2005:7-8) quien señala en primer lugar que si bien para él se trata de un tipo de responsabilidad por daños ello “no debe llevar a entender que la pensión tiene la naturaleza de responsabilidad civil y de que se trata de una indemnización en el sentido estricto del término” y a continuación propone el siguiente esquema para determinar si procede o no la pensión compensatoria: para que proceda la pensión deben concurrir: a) el daño, que estaría constituido por un daño objetivo que sería el desequilibrio; b) la relación de causa – efecto, esto es “que se haya producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa quizá concurrente en el tiempo”; y c) Imputación, al respecto señala que el daño no tiene causa en la acción de los cónyuges sino que la causa es el divorcio o separación, además que de la culpa debemos prescindir y por último que el fundamento de la pensión compensatoria no es otra que la equidad.

Lastimosamente, parece que, en el Pleno Casatorio, la Corte Suprema en su afán de adaptar la doctrina extranjera que responde a la interpretación de normas extranjeras, incluyó factores extraños en el análisis del profesor Zarraluqui, pues a diferencia de éste, la Corte Suprema sí considera la culpa o el dolo, cosa que el mencionado autor español excluye de todas formas. Por dicha inclusión el análisis realizado por el Pleno de la Corte Suprema deviene en inconsistente y contradictorio.

En conclusión, vemos que la Corte Suprema, en un primer momento, influenciado por la notable ponencia del *amicus curiae* y profesor universitario Dr. Leysser León y por las lecturas de la doctrina española por parte de los magistrados, parece inclinarse entusiastamente por la posición negatoria de la responsabilidad civil. Sin embargo, por su empecinamiento, que nace de la interpretación

literal del artículo 345-A, en incluir la culpa o el dolo del cónyuge “menos perjudicado” en el análisis de la indemnización, termina por proponer un esquema que resulta incoherente. Sin embargo, debemos rescatar que este pleno ha contribuido en azuzar el debate en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización contenida en el artículo 345-A y la finalidad que debería cumplir. Dicho debate ha permitido que se develen algunas cuestiones que hasta dicho pleno no eran debatidas y errores que hasta dicha fecha casi pasaban desapercibidos.

4.3.3 Apreciación crítica de esta posición, (re)interpretación del artículo 345-A de conformidad a la naturaleza legal indemnizatoria y definición

Esta posición nos parece la más coherente de todas las que se han vertido hasta el momento. Coherente con la naturaleza jurídica de la separación de hecho como causal de divorcio y con la finalidad que pretende cumplir.

Desde que la separación de hecho vio la luz en nuestro ordenamiento jurídico se ha tratado de atemperar su espíritu objetivo, pues aceptar una causal estrictamente objetiva afectaba ciertas susceptibilidades que no concebían un divorcio sin culpables. Así, a modo de ejemplo, el Dr. Álex Plácido (2001C:100) señalaba que a fin de evitar la injusticia que significaría no permitir la invocación de inocencia para dejar a salvo los derechos del cónyuge “no culpable”

“se ha atenuado el rigor objetivo de la causal permitiendo que los cónyuges discutan sobre si alguno de ellos no dio causa a la separación en el propósito de preservar los derechos del cónyuge inocente de la separación de cuerpos o divorcio, sin perjuicio de que se admita la existencia de la separación de hecho”.

Este ánimo de justicia o atemperador también se presenta en la jurisprudencia, la cual se materializa en el propio pleno casatorio, al indicar en el fundamento 34 que

“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 inculpativos únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir”.

Sin embargo, tanto gran parte de la doctrina, como la jurisprudencia (incluido el tercer pleno casatorio) ha sido víctima de lo que el propio pleno precisa en su fundamento 58, esto es, “serias deficiencias” en la norma que regula la institución. Se señala que “la norma que regula la indemnización tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hacen difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la mismas, sus

alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones”.

Es cierto; el artículo 345-A del Código Civil tiene deficiencias en su redacción, además de ser un artículo incompleto. Deficiencias, por cuanto según nuestro criterio es incorrecta la referencia de “indemnización por daños” y “daño personal”; e incompleto por cuanto a diferencia de sus pares en el derecho comparado este artículo, entre otras cosas, no contempla criterios para determinar a quién le corresponde y cuánto le corresponde.

Sin embargo, al margen de ello y que será parte de comentario ulterior, debemos centrarnos en justificar el motivo por el cual nosotros apoyamos la doctrina que establece que a la institución bajo comentario no le corresponde a los predios de la responsabilidad civil, sino a lo que se ha venido a llamar en nuestro país una obligación legal indemnizatoria.

Del por propio artículo 345-A del Código Civil se desprende la finalidad de la indemnización accesoria al divorcio (o separación de cuerpos) por separación de hecho. El propio artículo 345-A del Código Civil abre el segundo párrafo indicando que “el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho (...)” Entonces, tanto la “indemnización por daños” como la “asignación preferente de bienes” a los que hace referencia se ordenarán en función a dicha finalidad (la cual es velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado). ¿De qué forma, a través de la responsabilidad civil, se puede velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado? ¿Reparando el abuso psicológico sufrido por uno de los cónyuges logramos su estabilidad económica?, ¿Compensando la infidelidad sufrida logramos la finalidad propuesta por el 345-A? Creemos que no. Entre la finalidad de velar por la estabilidad económica y el resarcimiento por daños hay una falta de conexión lógica.

Por otro lado, el artículo 345-A utiliza la expresión “indemnización por daños que incluya el daño personal” lo que parece vincularla a la responsabilidad civil.

Al respecto debemos indicar que, en nuestro Código Civil se utiliza de manera indistinta la terminología indemnización y resarcimiento e, incluso, se percibe una predilección por la utilización de la palabra indemnización para los casos de responsabilidad. Por ejemplo, según el Código Civil, se puede pedir “indemnización” por el abuso del derecho (artículo II del Título Preliminar del Código Civil), por no ser designado por su nombre o por la usurpación del mismo (artículos 27 y 28 del Código Civil), cuando la otra parte ha actuado de mala fe en la conclusión de un negocio jurídico (artículo 211 del Código Civil – dice “indemnización por daños y perjuicios”) y el propio artículo 1969 del

Código Civil utiliza el la palabra indemnización (“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”).

Por su parte, el artículo 666 del Código Civil establece que el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y sus frutos, ello en caso de que el bien hereditario se enajenase. De igual forma, el indigno declarado en caso de haber enajenado los bienes hereditarios deberá resarcir. Asimismo, como lo señala el artículo 1195 del Código Civil, en el caso que el incumplimiento sea imputable a uno o a varios codeudores el acreedor podrá pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o a los codeudores responsables de dicho incumplimiento.

Como se ve, en nuestro ordenamiento cohabitan las voces “indemnización por daños y perjuicios” con la de “resarcimiento de daños y perjuicios”, ambas voces vinculadas comúnmente con la responsabilidad civil.

En la doctrina italiana clásica, se puede encontrar una distinción entre “indemnización” y “resarcimiento”, aunque no se trata de una distinción radical. En efecto, De Cupis (1970:759) señala que

“el legislador emplea, casi siempre, la expresión “indemnización”, “indemnidad” en vez de resarcimiento. Esto tiene lugar en los supuestos de daño no antijurídico (...). Cuando la obligación indemnizatoria escapa al esquema normal de responsabilidad, basándose en el binomio daño-enriquecimiento, el enriquecido está obligado a “indemnizar” al perjudicado en el límite del enriquecimiento. La misma expresión se usa por el legislador en supuestos meramente objetivos a los que corresponde un daño antijurídico no culpable y además en un caso de daño subjetivamente antijurídico”.

Sin embargo, el clásico autor (De Cupis 1970:759) precisa que

“la indemnización o indemnidad impuesta por las normas referidas, corresponde a la amplia noción de resarcimiento, entendido como remedio subrogatorio, de carácter pecuniario, del interés lesionado. Según su etimología la indemnización consiste en dejar indemne al perjudicado por reintegrarle pecuniariamente su interés lesionado, con lo que su noción no parece diferenciarse de la del resarcimiento. Aunque el hecho productor de responsabilidad tenga carácter excepcional, situándose al margen de los presupuestos normales de ella, la indemnización impuesta por la ley no es algo distinto al resarcimiento”.

Nuestra lectura de lo recién citado es que, si bien el mencionado autor percibe una distinción entre la voz indemnización y resarcimiento, esta última, en su sentido amplio, incluiría la indemnización. De tal suerte que podríamos reinterpretar en el sentido de que existe un resarcimiento en sentido amplio que comprende las voces de indemnización y resarcimiento (que podríamos llamar

resarcimiento en sentido estricto). La indemnización vinculada a diversos supuestos que, como lo señala el profesor italiano, escapan del esquema normal de responsabilidad y, por otro lado, el resarcimiento en sentido estricto que se refiere a la responsabilidad propiamente.

En nuestro país, se ha realizado, a raíz de lo regulado en el artículo 345-A del Código Civil, un esfuerzo dogmático de diferenciar la indemnización y el resarcimiento. Dicho esfuerzo dogmático como lo hemos visto en el apartado a) del punto 4.3 de la presente tesis, ha sido encabezado por profesores peruanos con formación en la academia italiana (profesores León y Morales). De igual forma, la Dra. Zapata ha colaborado con su aporte, pero a diferencia de los profesores Morales y León, ha utilizado no la doctrina italiana como apoyo, sino la doctrina española (especialmente, al maestro Diez-Picazo). Evidentemente, en el caso de la Dra. Zapata, la terminología no es la misma, para resarcimiento se dice “indemnización por daños” y para indemnización se dice “indemnización por sacrificio”.

Nos aunamos a este esfuerzo por cuanto nos parece útil. En efecto, nos parece funcional que se diferencie de manera clara, a través de terminología precisa, cuando nos referimos a un supuesto de responsabilidad civil y cuando estamos fuera de los predios de la responsabilidad civil. Este esfuerzo, sin duda alguna, ayudará a la mejor comprensión de distintas instituciones.

Ahora bien, retornando a nuestro artículo 345-A del Código Civil, el legislador, en su momento, cuando consagró la fórmula “indemnización por daños, incluyendo en daño personal”, lo más probable es que haya pensado en la responsabilidad civil (aunque, del diario de debates del pleno del congreso, sesión vespertina del 06 de junio del 2001, no aparece clara la naturaleza jurídica que se le asigna, pero se habla de pena o sanción o en todo caso como un freno al libertinaje que podría darse al consagrarse la causal de separación de hecho). Sin embargo, como bien lo anota el profesor español Diez-Picazo (1993: 253)

“la ley, se dice, una vez que ha sido promulgada, se separada de su autor y alcanza una existencia objetiva. El autor de la ley ha jugado ya su papel y queda detrás de su obra. Su obra es el texto de la ley: la voluntad hecha texto. El posible y efectivo contenido intelectual del texto de la ley es lo que verdaderamente importa. Es este contenido de pensamiento y de voluntad, immanente en la ley, lo único que para los objetivistas tiene valor”.

La fórmula legal utilizada en el artículo 345-A del Código Civil referida a la “indemnización por daños, incluyendo el daño personal”, nos hace recordar a la fórmula legal que se utilizó para consagrar el divorcio absoluto en el Perú. Como lo hemos recordado en la parte histórica de esta tesis, el divorcio, en el Código Civil de 1852, no tenía el sentido técnico que ahora se atribuye; el divorcio, en esa época era lo que para nosotros ahora es la separación de cuerpos. Por otro lado,

posteriormente, si recordamos el decreto ley 6890 podríamos percatarnos que establecía que el divorcio tenía los mismos efectos que la nulidad; sin embargo, en dicha época no era muy clara la diferencia técnica entre un supuesto de ineficacia sobreviniente del negocio matrimonial (divorcio) y un supuesto de invalidez del negocio matrimonial (nulidad) y las consecuencias que cada uno de ellos revestía. Ahora, a diferencia de 1852, distinguimos lo que es divorcio y separación de cuerpos o el divorcio relativo del absoluto; ahora, a diferencia de 1930, distinguimos lo que es la nulidad matrimonial del divorcio y los efectos de cada uno de ellos. En el futuro, es probable que la misma observación se haga sobre nosotros y se diga, ahora sí tenemos clara la diferencia entre resarcimiento e indemnización.

El motivo de este comparativo es señalar que la consagración de la fórmula legal “indemnización por daños, incluyendo el daño personal”, puede que haya respondido a la falta de técnica y claridad conceptual por parte de nuestros legisladores. Aunque para ser justos, es preciso apuntar, que entre los proyectos y dictámenes que quedaron en el tintero, específicamente en el dictamen de la Comisión de Reforma de Códigos, presidida por Fernán Altuve se propuso como texto para el artículo 345-A lo siguiente: “Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el juez puede conceder, a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponder”. (Congreso de la República 2001:3475). Ya sea por copia de modelos extranjeros o ya sea por verdadera claridad conceptual, se consagraba una fórmula que nos hubiese allanado el camino. Se establecía, en vez de la “indemnización por daños” una compensación económica, como lo estableció Chile en su ley de matrimonio civil, varios años después. El inconveniente con dicho proyecto era que mantenía la relación entre la compensación económica con el hecho del abandono, cosa que no debería ser relevante para los fines de la institución.

Pero no debemos lamentarnos de lo ya hecho. Lo que corresponde es interpretar la fórmula legal consagrada de tal forma que resulte coherente con la finalidad que pretende la institución y con la naturaleza jurídica que sustentamos.

Consideramos que la interpretación correcta de la indemnización por daños regulada en el artículo 345-A es la que sigue: es indemnización, en el sentido estricto de la palabra, en tanto que crea, por mandato legal, una obligación entre un cónyuge deudor y un cónyuge acreedor y a raíz de un empobrecimiento o desmejoramiento en la situación del cónyuge acreedor en razón de la separación de hecho o del divorcio. Y es por daños, precisamente por cuanto dicho empobrecimiento o desmejoramiento de la situación del cónyuge acreedor constituye un daño, pero no un daño que nos reconduzca a la responsabilidad civil, sino un daño objetivo, que no es atribuible a ninguno de los cónyuges, sino a la situación misma de la separación de hecho y del divorcio.

Ahora cabe hablar del daño personal que también es mencionado en la fórmula legal prevista por el artículo 345-A del Código Civil. Como lo manifiesta el profesor León (2003:9-10) la distinción entre daño a la persona y daño moral se encuentra bastante difundida en nuestro medio. “El daño moral es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil”. Por su parte “El daño a la persona es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico”.

Es sabido que los propulsores del daño a la persona incluyen dentro de dicha voz, entre otros daños, el daño al proyecto de vida. Dentro del daño al proyecto de vida, aplicado principalmente a la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil, se ha incluido lo que se ha venido a llamar el daño al proyecto de vida matrimonial. Si bien ha sido criticado por parte de la doctrina (Castillo 2010:205), la jurisprudencia anterior a Tercer Pleno Casatorio fue favorable a la voz daño al proyecto de vida matrimonial.

Muestra de lo que acabamos de decir es la casación N° 4921-2008 Lima, publicada en el diario el Peruano del 14 de mayo de 2009. En esta casación se indica que

“respecto a la indemnización como medida a favor del cónyuge perjudicado, esta Sala de Casación viene destacando, dentro del marco de la ruptura de la relación matrimonial por separación de hecho, la existencia del daño a la persona prevista en el artículo 1985 del Código Civil, en la forma de daño al proyecto de vida, entendido como aquel que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio y, por ende, idearon, escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos, para dicho fin, los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiestan en que uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor y aquel que asume el cuidado, crianza, protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho”.

Aplicado lo recién dicho al caso concreto que resolvía la Casación N° 4921-2008 Lima se indica que

“es el actor quien se retiró del hogar conyugal fijado inicialmente en la Avenida San Borja Sur número seiscientos veinte Dpto. E, del distrito de San Borja; y el que se ha desarrollado laboralmente en el campo empresarial siendo el que tiene ingresos económicos mayores; en cambio, es la demandada quien ha ejercido el cuidado del hogar y de los hijos y luego de la de la separación ha continuado realizando dicho cuidado; la misma que si bien refiere en su escrito de contestación de demanda que ha contribuido inicialmente a la labor empresarial del demandante es evidente que

ha sido desarrollado para el proyecto matrimonial común compartido con el cuidado del hogar y crianza de los hijos, el cual se ve truncado con la separación de hecho, deviniendo dicha parte en cónyuge perjudicado; por consiguiente, es el demandante quien ha producido daño al proyecto de vida matrimonial de la demanda, el mismo que debe ser indemnizado a favor de la actora y fijado prudentemente”.

Bien leída esta casación nos depara una grata sorpresa, pero antes de evidenciarla, es oportuno precisar que, sin perjuicio del respeto que nos merecen los maestros que impulsan el daño a la persona y especialmente el daño al proyecto de vida, no somos partidarios de dicha voz de daño, principalmente, por los problemas que supone su análisis causal y su certeza, además que como lo ha anotado el Dr. León (2007-B), por la discriminación que puede entrañar, entre otros problemas. Sin embargo, tal y como está descrito en la casación recién citada, debemos indicar que el daño al proyecto de vida matrimonial nos sirve para interpretar la voz “daño personal” incluida en el artículo 345-A del Código Civil.

Debemos excluir que el “daño personal” al que hace referencia el 345-A pueda referirse a algún daño a derecho de la persona como lo es la integridad física o psicológica, puesto que, en materia de divorcio, ello no está relacionado a la causal de separación de hecho, sino a la causal de violencia física o psicológica; o al derecho al honor y buena reputación, puesto que ello podrá ser tutelado por la vía de la causal de conducta deshonrosa o injuria grave. Además, como ya se ha dicho, por cuanto el resarcimiento de la integridad física, psicológica, honor, no va a satisfacer la finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge. Sin embargo, sí es cierto que puede ocasionar el perjuicio que ha sido indicado en la casación recién citada. La separación de hecho ocasiona un daño objetivo provocado por la situación propia de la separación de hecho y por el divorcio subsiguiente. La desaparición del deber de solidaridad entre los cónyuges, la desaparición de los seguros sociales y de las futuras pensiones y el sacrificio de la vida productiva hecho por uno de los cónyuges en pos de los hijos comunes o del progreso del otro cónyuge, ciertamente, pueden suponer un desmejoramiento en el nivel de vida de alguno de los cónyuges.

Dentro de la corriente que propugna el daño personal o daño a la persona (creemos que lo correcto hubiera sido persistir en la tradicional clasificación de daño material y daño moral que fue tomada por el Perú venida desde el *Code*), no existe otra voz que mejor pueda responder a la finalidad de velar por la estabilidad económica que la voz de daño al proyecto de vida matrimonial, tal y como la describe la casación 4921-2008 Lima. Daño personal no puede ser daño a la integridad física, por cuanto un resarcimiento que comprenda ese daño no tiene nada que ver con la estabilidad económica luego del divorcio. Daño persona no puede ser daño al honor y buena reputación, por cuanto un resarcimiento que comprenda ese daño no tiene nada que ver con la estabilidad económica luego del divorcio.

Ahora bien, sin perjuicio de la denominación, con la cual discrepamos, reconocemos, en el “daño al proyecto de vida matrimonial”, en los términos precisados en la casación citada, la inestabilidad económica que constituye el daño objetivo producto de la separación de hecho y del divorcio. Es decir, para nosotros no debe denominarse daño al proyecto de vida matrimonial a la situación descrita en la casación, sino que lo que describe es una situación típica de inestabilidad económica luego de la separación de hecho, así como decretado el divorcio. Lo que se afecta con la separación de hecho o con el divorcio no es tanto el proyecto de vida (que puede resultar afectado, puesto que los proyectos existen, pero que no puede ser resarcido), sino lo que se afecta es el modelo económico familiar que los cónyuges seguían para hacer funcionar su matrimonio y además deja sin el estatuto protector del matrimonio a uno de los cónyuges que confiaba en dicho estatuto. Es por ello que coincidimos con lo que manifiesta el Dr. Rómulo Morales (2011:56) al indicar que la expresión “daño personal” contenida en el artículo 345-A del Código Civil “significa jurídicamente el desequilibrio económico que afecta al cónyuge perjudicado por la separación de hecho y el divorcio”.

Dadas estas consideraciones podemos concluir que la indemnización por daños que incluye el daño personal, consagrada en el artículo 345-A del Código Civil, debe ser entendida como la obligación legal de indemnizar de un cónyuge a favor del otro cónyuge que sufre las consecuencias de un desmejoramiento de su situación económica a raíz de la separación de hecho y del divorcio y de cómo se desarrolló la vida en común, lo que constituye un daño que no ha sido producido por ninguno de los cónyuges, sino por la situación propia de la separación de hecho y del divorcio.

En ese sentido, esta indemnización no cumple una función resarcitoria ni punitiva ni preventiva, sino una función compensatoria de un daño objetivo ocasionado no por alguno de los cónyuges sino por la debacle de la economía familiar, la desaparición del estatuto protector del matrimonio que la separación o el divorcio suponen.

5 De las deficiencias del artículo 345-A del Código Civil

Asumida nuestra posición en torno a la naturaleza jurídica y expuesta nuestra interpretación del artículo 345-A del Código Civil, en esta parte anotaremos las deficiencias que hemos advertido en el artículo bajo análisis, a la luz del derecho comparado y dado el funcionamiento en nuestros tribunales. Dichas deficiencias principalmente son las siguientes: a) No contiene una descripción precisa que permita determinar la naturaleza jurídica; b) Su aplicación dentro del régimen de divorcio es incompleta; c) No está clara la compatibilidad de la institución estudiada con el derecho de alimentos entre cónyuges; d) La forma de prestación de la indemnización no es flexible; e) El artículo en comentario no contiene criterios que permitan la identificación del cónyuge perjudicado ni criterios que permitan la cuantificación del monto de la indemnización.

Existen otras deficiencias de orden procesal, por ejemplo. Es el caso del debate que gira en torno a si procede de oficio o a pedido de parte. Ese debate, entre otros, no lo abordaremos por la naturaleza sustantiva de la tesis.

En ese sentido, desarrollaremos a continuación cada una de las deficiencias anotadas:

5.1 No contiene una descripción precisa que permita determinar su naturaleza jurídica

Como ya lo hemos señalado en este capítulo, uno de los debates más arduos en torno a la materia ha sido el referido a la naturaleza jurídica. Dicho debate se ha originado por la redacción del artículo 345-A del Código Civil dado que si bien parece hacer explícita referencia a la responsabilidad civil ello no se condice con la naturaleza del divorcio remedio ni con la finalidad que pretende alcanzar la institución la cual es velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, que responde a una lógica más asistencial que resarcitoria, punitiva o preventiva.

Hubiese sido menos debatido el tema si es que en el texto final del artículo 345-A se hubiese incluido el texto que proponían las comisiones de justicia y de reforma de códigos en sus respectivos dictámenes de introducción de la separación de hecho al Código Civil. En dichos dictámenes, que fueron sustentados ante el pleno del Congreso, en la sesión 25, sesión vespertina, de la legislatura ordinaria 2000 – 2001, con fecha 06 de junio del 2001, se proponía que el texto del artículo mencionado disponga la asignación de una “compensación económica” en vez de una “indemnización por daños, incluyendo en daño personal”, que fue propuesta por la Comisión de Mujer y Desarrollo Humano. Al final, triunfó la propuesta de la Comisión de Mujer y Desarrollo Humano, con lo que nos ganamos un problema, puesto que la voz “compensación económica” hubiese permitido distinguir más claramente la naturaleza de la institución estudiada.

En el derecho comparado, la redacción de los pares del artículo 345-A son muchos más claros y, por lo menos de los consultados, ninguno hace referencia a daños:

En España, el artículo 97 del Código Civil, establece que el cónyuge al cual la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, “tendrá derecho a una compensación”. En Chile el artículo 62 de la ley de matrimonio civil se hace referencia a la compensación del menoscabo económico. En Francia, el artículo 270 del Código Civil hace referencia a una prestación destinada a compensar la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida de los cónyuges. En Italia, el artículo 5 de la ley N° 898, nos menciona que el tribunal dispone la obligación de un cónyuge de suministrar periódicamente a favor del otro una asignación cuando este último no tenga medios adecuados o no pueda procurárselos por razones objetivas. En Argentina, el nuevo Código Civil y

Comercial, en su artículo 441, establece que el cónyuge a quien el divorcio le produce un desequilibrio manifiesto “tiene derecho a una compensación”.

Como se puede apreciar, ninguno de los artículos consultados hace referencia a daño alguno, sino que su denominador común es la compensación y evitan la utilización de voces relacionadas a la responsabilidad civil.

5.2 La aplicación de la indemnización por inestabilidad económica es restringida

Como lo hemos visto en el capítulo I de esta tesis y como lo sostiene unánimemente la doctrina, en nuestro país, rige un régimen o sistema mixto de divorcio. En él conviven las corrientes del divorcio remedio y divorcio sanción, al cual nosotros hemos agregado el divorcio incausado consensual. Este régimen se diferencia de otros países como España, en donde el divorcio es netamente incausado y, por tanto, existe un tratamiento uniforme.

Dado este contexto, y consultado el derecho comparado, en otros ordenamientos que obedecen al mismo régimen mixto, nos percatamos que la aplicación de la institución en estudio es más amplia que en nuestro país.

En nuestro país, la indemnización estudiada se aplica exclusivamente para los casos de divorcio por separación de hecho. Ello fluye del propio texto del artículo 345-A del Código Civil que indica que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte “perjudicado por la separación de hecho”. De igual forma, el artículo mencionado en su primer párrafo hace referencia expresa a la causal regulada en el numeral 12 del artículo 333 del Código Civil, que no es otro que la causal de separación de hecho. Además, que el 345-A fue introducido junto con la causal de separación de hecho.

Igualmente, conforme lo ha indicado la propia Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio Civil fundamento 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 de 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”, la aplicación de la indemnización por desequilibrio económico sólo se aplica en los casos de separación de hecho.

En países como Francia y Chile, en donde también conviven causales de divorcio sanción y causales de divorcio remedio y, además, del divorcio por mutuo acuerdo, se ha previsto la posibilidad que se aplique la compensación económica o prestación compensatoria, dependiendo del ordenamiento del cual hablemos, tanto para los casos de divorcio culpable como para los casos de divorcio remedio o sin culpa.

En Francia, de conformidad con el artículo 229 del Código Civil, el divorcio puede darse en cuatro casos: 1. Divorcio por consentimiento mutuo; 2. Divorcio por aceptación de la ruptura del matrimonio; 3. Divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal y 4. Divorcio por falta. Como podemos apreciar, coexisten en este ordenamiento el divorcio por mutuo acuerdo, el divorcio remedio (que viene a estar constituido por el divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal regulado en el artículo 238 del Código Civil que establece que la alteración definitiva del vínculo conyugal resulta de la cesación de la comunidad de vida entre los esposos) y el divorcio por falta (regulado en el artículo 242 del Código Civil que establece que uno de los esposos puede demandar el divorcio cuando existan hechos imputables al otro cónyuge que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y que hagan intolerable mantener la vida en común)

Ahora bien, en el país galo, de conformidad con el artículo 270 del Código Civil, el hecho que se extinga por el divorcio el deber de socorro entre los cónyuges sumado a la disparidad en las condiciones de vida entre los cónyuges tras el divorcio da lugar a la prestación compensatoria, independientemente de si el divorcio fue culpable o no. Cabe hacer mención que, en realidad, antes de la modificatoria por la ley 2004-439 del 26 de mayo del 2004, el artículo 280-1 del *Code* establecía que, en caso de divorcio pronunciado por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, no había lugar a la prestación compensatoria, salvo, excepcionalmente, en los casos en los cuales teniendo en cuenta la duración de la vida en común y la colaboración a la profesión del otro cónyuges, la denegatoria de la pensión compensatoria sea manifiestamente contraria a la equidad.

Sin embargo, luego de la modificación hecha, la regla recién citada dejó de tener efecto y, con ello, se desvinculó la culpa de la prestación compensatoria (antes de la modificatoria estaba medianamente desvinculada puesto que sí procedía la concesión de la prestación compensatoria en los casos de culpa compartida, ya que, como lo indica Rubellin-Devichi (2001:312), ello se consideraba moralmente neutro). Dicha desvinculación probablemente se haya debido a los reclamos de la doctrina de la cual da cuenta Rubellin-Devichi (2001:312) cuando indica que, en la fecha que escribe, existían numerosos autores que estimaban que hacía falta desvincular aún más el quebrantamiento del deber matrimonial de las consecuencias del divorcio y, por consiguiente, suprimir la regla de exclusión de la atribución de la prestación compensatoria al esposo exclusivamente culpable.

Ahora, tampoco es que estemos ante una aplicación estrictamente objetiva de la prestación compensatoria. La legislación francesa, para satisfacer los reclamos de orden moral que podría traer el conceder una prestación compensatoria a un cónyuge exclusivamente culpable, ha previsto la posibilidad de recurrir a la equidad para denegar la prestación compensatoria que en principio podría corresponderle, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 271 del *Code*. Ejemplo de aplicación de la equidad es una sentencia de la primera corte de casación civil de fecha 08 de julio del 2010 en la cual

rechazan el recurso de casación planteado por la cónyuge en razón de que la carga de los cuatro hijos en común había sido asumida por el ex marido dado que la mujer no realizaba ninguna contribución a la manutención de los mismos y no realizaba sino raras visitas. Además de ello se tuvo en cuenta que la esposa tenía sólo 33 años cuando se dejó de hacer cargo de los hijos y que no acreditaba ningún esfuerzo de seguir una formación o ejercer algún empleo.

Cosa similar sucede en nuestro país vecino, Chile. País que, a diferencia de Francia, no tiene una tradición divorcista amplia (el divorcio se incluyó a través de la ley 19947, publicada el 17 de mayo del 2004), pero que, tal vez, por eso mismo nos ha sacado ventaja al poder recopilar y asimilar experiencias extranjeras, sin la necesidad de arrastrar lastres.

En Chile, al igual que Francia y Perú, existe un régimen divorcista mixto. El divorcio en el país sureño podrá ser demandado por uno de los cónyuges, de conformidad con el afrancesado artículo 54 de la ley de matrimonio civil, “por falta imputable al otro siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”. En el mismo artículo precisa una serie de causales que no tienen calidad de *numerus clausus*, puesto que el propio artículo hace referencia a la posibilidad de que existan “otros casos”. El régimen de divorcio chileno, en el artículo 55 de la ley de matrimonio civil, regula, además, la posibilidad de decretar el divorcio en caso de común acuerdo, siempre que acrediten el cese de la convivencia durante un lapso mayor a un año. Por último, el propio artículo 55, en su párrafo tercero, regula lo que en nuestro país se llama separación de hecho al indicar que “habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, tres años (...)”.

Al igual que Francia, en Chile, no existe ningún impedimento para que, en principio, se le asigne compensación económica al cónyuge culpable. Así lo expresa el profesor Vidal (2006:429-430)

“la compensación procede al margen de la culpa del cónyuge deudor, y de cualquier otra valoración de su conducta, pudiendo perfectamente ser el cónyuge inocente su deudor y el culpable su acreedor o su acreedor (ser) quien haya solicitado el divorcio unilateralmente. Procede en toda clase de divorcio y a favor del cónyuge que experimenta el menoscabo. Distinto es que el legislador considere para admitir la compensación o medir su cuantía, la culpa o la buena o mala fe del cónyuge que la demanda. Quiere decir que, si la causa de divorcio es imputable a ese cónyuge o si celebró el matrimonio de mala fe, el juez bien puede denegar la compensación, bien puede disminuirla prudencialmente. La culpa o la mala fe no inciden en la imposición de la obligación, sino en su titularidad o monto. Interesa la culpa o mala fe del cónyuge beneficiario, no la del obligado a pagar. La obligación de compensar se desenvuelve sobre la base de criterios estrictamente objetivos”.

Sin embargo, también en este ordenamiento, de conformidad con el artículo 62 de la Ley del Matrimonio Civil, se deja en manos del juzgador, cuando se decreta el divorcio de conformidad con el artículo 54, la posibilidad de denegar la compensación económica “que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal o disminuir prudencialmente su monto”. La norma contenida en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil es aplaudida por el conservador autor Corral (2007)

“es lógico que sea así, pues si la compensación busca resarcir los perjuicios económicos que genera la pérdida del estatuto protector del matrimonio, no puede aprovecharse de ello quien no ha respetado dicho estatuto violando sus deberes conyugales o paternos”.

Y agrega que

“sería incomprensible socialmente que alguien contra el cual se ha pronunciado una sentencia por divorcio por atentado contra la vida o violencia contra el otro cónyuge o los hijos (...) pueda invocar la misma sentencia que lo declara culpable como un título legítimo de un derecho a compensación económica por los efectos del divorcio que con su conducta ha de alguna manera buscado”.

Revisados los ordenamientos que, al igual que el nuestro, contemplan un régimen divorcista mixto, podemos concluir que en dichos ordenamientos la aplicación de la prestación compensatoria, o como quiera que se llame, tiene un ámbito más amplio que el que verificamos en nuestro país en donde, como lo hemos visto, de conformidad con el artículo 345-A y a lo señalado por el Tercer Pleno Casatorio Civil, sólo se aplica a los casos de separación de hecho.

Debemos manifestar nuestra discrepancia con esta opción del legislador peruano, dado que si somos coherentes con lo que hemos manifestado anteriormente en el sentido que el daño que se produce en el caso de indemnización estudiada es un daño de índole objetivo producido por el divorcio mismo y no por el accionar de alguno de los cónyuges, debemos concluir que la indemnización por inestabilidad económica debe surgir en todos los casos de divorcio, ya sea en los casos de divorcio remedio, por mutuo acuerdo o por sanción. Ello en vista a que, independientemente de la culpa, la inestabilidad económica se produce en todos los casos de divorcio. La indemnización por estabilidad económica no se debe porque el cónyuge acreedor sea culpable o no. La indemnización por estabilidad económica se asigna a favor del cónyuge por haber dedicado mayor tiempo a las labores domésticas, al cuidado de los hijos y haber renunciado a oportunidades de formación y laborales en beneficio de la familia.

El actual régimen puede que dé lugar a situaciones de inequidad y dejé desprotegidas a personas que pueden haber cometido algún error, pero que durante su matrimonio consagraron su vida al crecimiento y mantenimiento de la familia, a través de un fundamental aporte, constituido por las labores del hogar o el cuidado de los hijos, por ejemplo. Peor aún, el cónyuge inocente en un divorcio sanción, debe contentarse con el resarcimiento por daño moral

contenido en el artículo 351 del Código Civil, sin tener protección para su estabilidad económica. La indemnización por inestabilidad económica y el resarcimiento por daño moral, son cosas distintas y, en el marco de un divorcio sanción, bien pueden cohabitar, ya sea asignándose la indemnización por inestabilidad económica a la mujer y el resarcimiento por daño moral al marido, o viceversa, o asignarle los dos remedios sólo a la mujer o sólo al hombre.

No podemos dejar de mencionar el hecho que en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en su fundamento 65, se opina de un modo muy similar a lo regulado en Francia y en Chile, en caso de divorcio por culpa exclusiva de uno de los cónyuges:

“El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges, sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí, con prescindencia de toda forma de culpabilidad”.

Sin embargo, catastróficamente se agrega:

“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 perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante”.

El problema con esta opinión radica en que la exclusividad de culpa como fundamento para denegar la indemnización por inestabilidad económica no se aplica al caso de divorcio por falta (como en Francia o Chile) sino en el caso de un divorcio sin culpa o remedio, lo que resulta incoherente. Sólo podría entrarse a la valoración de la exclusividad de culpa si es que en el Perú se pudiese aplicar esta indemnización no sólo a los casos de separación de hecho; mientras que se aplique sólo a los casos de separación de hecho, el juez no se encontraría autorizado de analizar la culpa para denegar o no la indemnización estudiada.

5.3 No es clara la relación de la indemnización por inestabilidad económica con los alimentos

De conformidad con el artículo 345-A de nuestro Código Civil el juez “deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

Cuestión previa que debemos manifestar es que el artículo 345-A se encuentra inscrito dentro de la regulación para la separación de cuerpos.

Como es sabido, en la separación de hecho no se extingue el deber de asistencia mutua, por lo que, en los casos de separación de cuerpos por separación de hecho, es posible fijar alimentos, sin ningún problema.

Ahora bien, con respecto al divorcio, la última frase “independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder” ha provocado que la jurisprudencia entienda que el principio de extinción de la obligación alimenticia entre los cónyuges tras el divorcio, consagrado en el artículo 350 del Código Civil, no sea de aplicación automática al divorcio por separación de hecho.

Así se ha decidido desde muy temprano en la casación 2190-2003 Santa

“los alimentos a que se refiere la norma bajo comentario deben entenderse como aquellos a los cuales los cónyuges están obligados de manera natural dentro de su relación, como si la separación no se hubiera producido; pues no es necesario que la mujer carezca absolutamente de recursos, sino que basta que los que posee no sean suficientes, situación que se comprende por lo especial y drástico de la causal que solventa el divorcio, que se basa únicamente en un supuesto fáctico que como tal debe tener sus limitaciones, las que se dan en los extremos que se refiere a alimentos y a la indemnización en caso de que uno de los cónyuges resulte más perjudicado”.

Este criterio ha sido ratificado por el Tercer Pleno Casatorio Civil que en su fundamento 44 B menciona que

“no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal (se refiere a la separación de hecho) el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable solo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto”.

Sin embargo, esta interpretación no ha sido acompañada por la doctrina. Así Plácido (2001C:121) indica que

“como se sabe, por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. En consecuencia, si alguna de las partes tiene interés en que la prestación continúe por encontrarse en alguno de los casos excepcionales previstos en el artículo 350 del Código Civil, deberá invocar tal pretensión y ofrecer la prueba que la acredite; a fin de ser considerado por el juzgado al momento de resolver. Recuérdese que el artículo 345 está expresamente referido para los procesos de separación de cuerpos; rigiendo, por tanto, para el divorcio las disposiciones contenidas en el artículo 350 del Código Civil. Por ello, de no haberse solicitado la fijación o la continuación de la pensión de alimentos en el proceso de divorcio, aquella dejará de producir sus efectos al cesar la obligación alimentaria”.

Como se puede apreciar, no es clara la relación que guardan los alimentos con la separación de hecho. Según la jurisprudencia, en los casos de separación de hecho no se extingue inmediatamente el derecho de alimentos; según la doctrina, es de aplicación el artículo 350 del Código Civil y, por tanto, se extingue el deber de prestar alimentos entre los cónyuges.

Esta situación ha venido a desembocar en una confusión de las funciones que debería cumplir la indemnización por inestabilidad económica con la función de los alimentos. Se ha señalado (Beltrán 2010: 26) que

“si nos ponemos a analizar aquellos casos, en los cuales se observa que la mujer nunca trabajó fuera del hogar. En estos casos, cuando el cónyuge que proporciona los alimentos pretende disolver el vínculo, los jueces deben analizar el contexto familiar, en tanto, podría dejar sin alimentos a una persona que no tiene como sostenerse por sí misma –generalmente por la edad, en tanto esta le impide ingresar o retornar al campo laboral que es cada día más competitivo- debiéndose acotar que además deberá tener en consideración que un 90% de casos también perderá el seguro de salud, pues al no trabajar siempre estuvo asegurada como dependiente del cónyuge que laboraba, por lo que al disolverse el matrimonio también desaparecerá el derecho a percibir los servicios de salud pública que a diferencia del seguro privado no tiene límite edad”.

Precisamente, para los casos como los que denuncia Beltrán está la indemnización por inestabilidad económica, la cual tiene su razón de ser, entre otras cosas, en la extinción del deber de asistencia o de socorro entre los cónyuges. Puesto que, de no extinguirse el deber de alimentos a favor del cónyuge perjudicado, no tendría sentido fijar indemnización alguna que vele por la estabilidad económica, puesto que no existiría inestabilidad ya que el modelo económico familiar podría, en principio, seguir en marcha, desempeñándose uno en el campo laboral y otro en el ámbito doméstico.

Para este extremo, también es interesante observar lo que ha sucedido en Francia. El artículo 270 del *Code*, antes de la modificación producida por la ley 2004-439 del 26 de mayo de 2004, establecía que, salvo cuando es pronunciado en razón de la ruptura de la vida común, el divorcio pone fin al deber de socorro previsto en el artículo 212 del código civil francés; sin embargo uno de los esposos puede ser obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio creada en las condiciones de vida respectivas.

Comentando este artículo Rubellin-Devichi (2001:312-313) indica que en el caso del divorcio por ruptura de la vida en común no hay lugar a la prestación compensatoria dado que el deber de socorro sobrevive al divorcio. Es más, cita una sentencia de la segunda corte de casación civil del 18 de abril de 1980 en la cual se estableció que resulta del conjunto de los artículos 270 y 282 del Código Civil, que la prestación compensatoria sólo se debe en los casos donde el divorcio ponga fin al deber de socorro.

Como queda claro, para los franceses el deber de socorro o de asistencia o el deber de prestar alimentos, resulta relevante para la génesis de la prestación compensatoria. Antes de la modificación del año 2004, dado que en el divorcio por ruptura de la vida común (símil a nuestra separación de hecho) no extinguía el deber de socorro, en este caso, no se estaba obligado a pagar la prestación compensatoria.

Más clara queda aún la incompatibilidad para los franceses entre alimentos y la prestación compensatoria, cuando se revisa la reforma del año 1975. Así lo describen Delmas-Marty (1987:89)

“hasta la ley del 11 de julio de 1975, el esposo inocente podía obtener que el cónyuge por cuya culpa se pronunciara el divorcio fuera condenado a pagarle una pensión, que tenía un carácter complejo: de alimentos (prolongada en cierta manera la obligación de auxilio después de la disolución del matrimonio), de indemnización (gravaba al cónyuge culpable), pero también con carácter de suma fija (con un tope equivalente a la tercera parte de las rentas del deudor). Según la fórmula de la Corte de Casación, se trataba “de una pensión de alimentos destinada a reparar el perjuicio causado por la desaparición anticipada del deber de auxilio, del cual aquella era la prolongación y la substitución”. Muchas críticas le fueron formuladas: su monto, a veces irrisorio (sin embargo, la condena a daños y perjuicios con frecuencia la suplía), las dificultades encontradas por los acreedores, de hecho, siempre las mujeres, para obtener el pago regular, la dramatización del proceso para obtener un divorcio por culpas exclusiva, el contencioso que siempre podía volver a suscitarse para la revisión de la pensión. Por tales razones se imponía una reforma. En 1975 el legislador, salvo en caso de divorcio por ruptura de la vida en común, que no elimina la obligación de auxilio, sustituyó la pensión por una prestación compensatoria cuyo espíritu y técnica son diferentes. Ante todo, la prestación compensatoria se encuentra ampliamente desligada de la responsabilidad en el divorcio; independientemente del beneficio de divorcio, puede favorecer a un esposo en caso de culpas compartidas. No sanciona una falta y no es una prolongación del deber de auxilio, el cual desaparece”.

Como se observa la reforma del régimen divorcista francés del año 75' tuvo, entre otras cosas, como objeto la sustitución de la pensión de alimentos por la de la prestación compensatoria.

En Chile, al igual que el régimen actual en Francia, el deber de asistencia recíproca se extingue, sin excepción, por el divorcio. Es más se argumenta que si bien la compensación económica está dentro de las reglas comunes aplicables a la separación judicial (separación de cuerpos, en nuestro país), al divorcio y a la nulidad matrimonial, sólo sería aplicable a estas dos últimas instituciones, excluyendo a la separación judicial, no sólo porque así lo dispone el artículo 61 de la ley del matrimonio civil (dispone que se compensará el menoscabo económico “cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio”), sino por cuanto

“ésta (se refiere la separación judicial) no pone término al deber de socorro, y, en consecuencia, persiste el deber de alimentos entre los cónyuges. En efecto, no habiéndose puesto término al matrimonio no existe razón alguna para hacer procedente la compensación económica. Si bien puede sostenerse que alguno de los cónyuges separados judicialmente puede encontrarse en el mismo supuesto fáctico que el cónyuge débil divorcio o anulado, no resulta admisible la compensación ya que persiste el vínculo matrimonial, siendo exigible la obligación alimentaria”. (Pizarro S/D: 9)

Por nuestra parte debemos manifestar que de interpretarse que el artículo 350 primer párrafo del Código Civil tiene un alcance general a todo tipo de divorcio, incluido el divorcio por separación de hecho, se ganaría en coherencia, ya que sí es que el deber de socorro o de asistencia perdura al divorcio por separación de hecho, debería prescindirse de la indemnización por inestabilidad económica (como se hacía en Francia antes de la modificatoria del año 2004), puesto que no habría tal desequilibrio, o en todo caso, cualquier desequilibrio podría ser subsanado a través de los alimentos. En ese sentido, la expresión “independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder” debe ser interpretada en el sentido que la indemnización por inestabilidad económica podrá ser concedida independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder de conformidad con el caso excepcional que regula el artículo 350 del Código Civil o, en el caso de la separación de cuerpos, en donde se mantiene el vínculo matrimonial y, por ende, el deber de socorro entre los cónyuges y los alimentos.

5.4 Forma de prestación de la indemnización no es flexible

El segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil prevé la posibilidad que el juez opte, para velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, entre la indemnización que venimos estudiando o la asignación preferente de bienes de la sociedad de gananciales.

Con respecto a la indemnización que venimos estudiando, en principio, del artículo 345-A del Código Civil, no podemos apreciar que se indique la forma de pago de la indemnización que ordena. Sin embargo, al señalar que se trata de “una” indemnización por daños, debemos entender que se trata de un monto determinado, por lo que excluiríamos supuestos de prestación como rentas vitalicias o indeterminadas.

Así lo ha entendido la jurisprudencia y no existe discusión. El Tercer Pleno Casatorio Civil en su fundamento 73 estableció que

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

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

Sin embargo, se precisa en el fundamento 75 que

“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”.

Es decir, a criterio de este pleno, se trata de un monto determinado, pero este monto puede ser fraccionado a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes. El hecho que se contemple la posibilidad de fraccionar el monto de la indemnización nos parece razonable, atendiendo a la finalidad de la indemnización la cual es velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, y la única manera de velar por este cónyuge es protegerlo o subvencionarlo hasta que pueda desarrollar una economía independiente (es decir se pueda valer por sí mismo desarrollando una actividad lucrativa). En muchos casos, para lograr dicha finalidad el monto de la indemnización puede llegar a ser alto, dado que el cónyuge más perjudicado necesitará protección previsiblemente por años (por ejemplo, para que estudie o se capacite laboralmente o hasta que el negocio se estabilice), por lo que obligar al cónyuge deudor a pagar un monto tan alto sería irrazonable. En ese sentido, estamos conformes con que se permita fraccionar el monto de la indemnización.

Cantar distinto merece el criterio del pleno con respecto a quién tiene legitimidad para solicitar este fraccionamiento. El pleno indica que el fraccionamiento procede a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes. La parte beneficiada, salvo en algún raptó de misericordia, cosa que consideramos improbable dados los términos en los cuales terminan los procesos de divorcio por causal, es muy complicado que solicite el fraccionamiento. La posibilidad de que ambas partes lo soliciten reviste la misma complicación, puesto que también el cónyuge beneficiado con la indemnización deberá prestar su consentimiento.

La decisión de fraccionar o no debería ser decisión del juez, quien deberá fijar un monto acorde con la finalidad de la indemnización, teniendo en cuenta el tiempo que le tomará al cónyuge perjudicado desarrollar una vida económica independiente y fraccionarlo a fin de darle cobertura al cónyuge perjudicado por el tiempo que se determine. Así, por ejemplo, si el juez considera que el cónyuge más perjudicado demorará dos años (24 meses) en estabilizarse económicamente y, además, se acredita que para dicha estabilización (por ejemplo, para terminar la carrera que dejó trunca) se requiere un monto de S/. 2,000.00 (dos mil con 00/100 nuevos soles), entonces podrá fijar una de indemnización por inestabilidad económica equivalente a S/. 48,000.00, pagaderos en 24 cuotas de S/. 2,000.00 cada una.

En la experiencia comparada, es cierto, como lo dice el pleno casatorio, que en España la forma prevalente de prestación para velar por la estabilidad económica es la forma de la pensión, sin embargo, se regulan otras formas de prestación como lo es la pensión a tiempo indefinido o pensión temporal o también, como en el Perú, a una suma alzada, es decir, a un monto determinado; así está regulado en el artículo 97 del Código Civil ibérico.

En España, al ser prevalente la forma de pensión para esta institución y ser menos frecuente la prestación única, se da un fenómeno inverso a la propuesta que hemos hecho líneas arriba. En efecto, Belío (2013:222-223) da cuenta de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 79 de Madrid en la cual la jueza establece “la cantidad de 60.000 € a tanto alzado a favor de la esposa, correspondientes la capitalización de 2.500 € mensuales por dos años”, valorando para realizar esta capitalización el elevado poder adquisitivo no sólo ahora sino constante en el matrimonio del esposo.

Como se ve, nosotros hemos propuesto, por la actual regulación contenida en el 345-A del Código Civil, la posibilidad que se fije un monto y que dicho monto sea fraccionado. En España, por la forma prevalente de fijación de la compensación por desequilibrio económico, se propone la capitalización de una prestación que en principio debería tener la forma de pensión.

De la obra de Belío también es interesante destacar para los fines de la cuantificación de la indemnización lo que indica con respecto al pronóstico que en España se hace del tiempo que al cónyuge débil le tomará rehacer su vida económica. En el país ibérico, esta técnica se utiliza principalmente para determinar la duración de la pensión temporal; en el Perú, podríamos utilizarla para cuantificar la indemnización

“Una vez constatada esa función reequilibradora, habrá que realizar un juicio pronóstico sobre el tiempo en que se prevé que el cónyuge acreedor tardará en superar el desequilibrio para de esta manera fijar el límite temporal de la pensión. Dicho de otro modo, el plazo deberá estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio”. (Belío 2013:187)

En el Perú, *mutatis mutandi*, se debería hacer el mismo juicio pronóstico para determinar cuándo, previsiblemente, el cónyuge superará la inestabilidad, y en base a ello, y al monto que, mensualmente, quincenalmente, periódicamente, requerirá, se puede arribar a un monto global de la indemnización.

Con respecto a Francia, al igual que Perú, pero a diferencia de España, la regla general para la prestación compensatoria es el monto a tanto alzado, es decir, un monto global o definido, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 270 del *Code*. Sin embargo, ello no es tan simple como eso, el artículo 274 del mismo cuerpo civil establece que para ejecutar la prestación puede adoptar dos formas:

- a) El pago de una suma de dinero.

- b) Atribución de bienes en propiedad o la constitución de un derecho temporal o vitalicio de uso, habitación o usufructo.

Con respecto al pago de una suma de dinero, de conformidad con el artículo 275 del *Code*, y con relación a lo señalado por Belío y nosotros, cuando el deudor no está en condiciones de pagar la suma de dinero en la forma prescrita por el artículo 274, el juez podrá fijar formas para el pago bajo la forma de pagos periódicos indexados según las reglas aplicables a las pensiones de alimentos. Estos pagos periódicos, en principio, no podrán superar los ochos años. Se agrega que el deudor podrá liberarse en cualquier momento pagando el total del capital indexado.

Hasta aquí hemos visto como en Francia y en el España, como lo hemos propuesto para el Perú, cabe la posibilidad de fijar un monto y fraccionarlo, por dos motivos: 1. Dar cobertura al cónyuge débil por el tiempo que demore en superar la inestabilidad, y 2. En muchos casos, una indemnización que realmente permita superar la inestabilidad económica no podrá ser pagada por entera de una sola vez, por lo que resulta razonable fraccionarla.

Queda un tema pendiente, un tema crucial. En el Perú, a diferencia de los países que nos vienen apoyando para el análisis, no se permite, una pensión vitalicia. Esto resulta una grave omisión en nuestro sistema, por cuanto, hasta este punto, hemos partido de supuestos en los cuales el cónyuge más perjudicado puede superar la inestabilidad económica, pero qué pasa cuando no puede superarlo por razones de salud o de edad. Para esos casos, debería preverse la posibilidad excepcional de una renta de carácter vitalicio, como lo prevé el artículo 276 del Código Civil francés. De alguna manera, podría subsanarse ello con la pensión alimenticia regulada para los ex cónyuges en el artículo 350 del Código Civil, pero no en todos los casos y no de manera suficiente.

Muestra de la necesidad de regular una renta vitalicia es la casación N° 5699-2011 Arequipa, del 09 de octubre del 2012, publicada el 02 de enero del 2014 en el Peruano; en esta casación se fijan alimentos equivalentes al 10 % de los ingresos del demandante y se adjudica a favor de la cónyuge más perjudicada un inmueble de la sociedad conyugal. Las razones para hacer ello son: i) la cónyuge tiene 79 años; ii) su estado de salud no es óptimo (diabetes); iii) está imposibilitada de trabajar; iv) solo cuenta con ingresos producto de la pensión alimenticia. En el caso concreto, por la edad y por la salud y por cuanto aparentemente no ha desarrollado actividad lucrativa (la ejecutoria refiere que sólo tiene como ingreso la pensión alimenticia, no tiene pensión de jubilación, ni otra renta), es evidente que no podrá superar la inestabilidad económica ocasionada por la separación de hecho, por lo que un monto determinado no podría cumplir con la finalidad propuesta por el artículo 345-A; en ese caso, hubiese sido ideal la constitución de una renta vitalicia.

En Chile, al igual que en el Perú, no se regula una pensión o renta vitalicia. Ello ha sido justificado en el siguiente sentido (Vidal 2009:72-73)

“la finalidad perseguida por la LMC, así fluye de la historia de su establecimiento, es que el conflicto entre los cónyuges en lo patrimonial se resuelva de una sola vez, o en el menor tiempo posible, lo que se ve reflejado en el marco legal sobre la forma de entrega que pasa desde la consignación de un monto o de una pensión compensatoria por un plazo máximo de cinco años a una suma única que puede dividirse en cuotas siempre que el deudor ofrezca seguridades para el cumplimiento suficiente”.

Y agrega que con ello

“se quiere evitar la perturbación del conflicto entre los cónyuges o que con ocasión del pago de la compensación surjan otros que pudieran afectar el interés de los hijos comunes. Tal objetivo se alcanza idealmente mediante la entrega de una suma alzada, única, global e inmodificable, pagadera de contado o, cuando mucho, dividida en un reducido número de cuota. (...) La división en un número ilimitado o extenso de cuotas, incluso, con seguridades de pago, o la constitución de derechos reales con el carácter de vitalicio, frustran abiertamente la mencionada finalidad”

Las razones expuestas por el profesor chileno son persuasivas, pero ponderando, consideramos que es correcto que por regla general se fije una indemnización a tanto alzado por lo señalado por el profesor Vidal; sin embargo, en casos excepcionalmente graves, se podría considerar la posibilidad de una renta vitalicia, como lo prevé la legislación francesa.

5.5 No regula criterios para la apreciación de la inestabilidad y la identificación del cónyuge más perjudicado

Anotadas algunas de las deficiencias y vacíos de nuestra legislación con respecto a la indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho, llegamos a otro gran vacío referido a la carencia de criterios que permitan al juzgador apreciar la inestabilidad económica y la identificación del cónyuge más perjudicado.

A diferencia de Francia (artículo 271 del Código Civil francés), de España (artículo 97 del Código Civil español), de Chile (artículo 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil), de Argentina (artículo 442 del Nuevo Código Civil y Comercial), de Italia (numeral 6 del artículo 5 de la N° 898), el Código Civil peruano no contiene ningún criterio que permita determinar la existencia de la inestabilidad económica y, en consecuencia, la identificación del cónyuge más perjudicado.

En ese sentido, con el próximo capítulo pretendemos contribuir a llenar dicho vacío. Para dicho efecto, analizaremos qué criterios se utilizan por nuestra jurisprudencia y cuáles propone la doctrina; contrastaremos si esos criterios son coherentes con la naturaleza de la separación de hecho; y finalmente propondremos algunos criterios, con base en el derecho comparado.

Capítulo III

Criterios para la verificación de la inestabilidad económica y la identificación del cónyuge más perjudicado

En el presente capítulo analizaremos qué criterios han sido utilizados por los tribunales y propuestos por los autores para determinar la inestabilidad económica y, consecuentemente, identificar al cónyuge más perjudicado. Para ello dividiremos el estudio en sentencias y opiniones anteriores al Tercer Pleno Casatorio Civil; criterios propuestos por el Tercer Pleno Casatorio Civil y posteriores a estos; y finalmente, los criterios que en nuestra consideración deberían aplicarse de conformidad con lo desarrollado hasta este punto. Planteadas así las cosas empecemos.

1. Situación anterior al Tercer Pleno Casatorio Civil

Viene a ser la primera etapa de la institución que venimos estudiando. Comprende desde la dación de la ley que la introduce (2001) hasta el tercer pleno casatorio civil (2011). Es una etapa que, como se dijo, viene gobernada por la opinión prácticamente incontrovertida de que la naturaleza de la indemnización estudiada correspondía a los predios de la responsabilidad civil y que el esquema al cual respondía era el del cónyuge inocente/cónyuge culpable.

El Dr. Álex Plácido (2004:51), por ejemplo, daba una explicación mixta (hay elementos de responsabilidad civil como elementos que sí corresponden a la institución estudiada) de la razón del ser del artículo 345-A del Código Civil

“Con el propósito de reparar los daños que pueda sufrir el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos, etc. Así como con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente ese cónyuge perjudicado por la separación de hecho, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades y, en su caso, la de sus hijos al concluir el vínculo matrimonial, a propósito de la conducta del consorte que motivó tal estado, demostrando la intención manifiesta de sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales y familiares, la ley impone al juzgador la ineludible obligación de velar por la estabilidad económica (...)”

Años más tarde el propio profesor Plácido (2008:51) reitera su posición

“La alegación de la culpabilidad en la separación de hecho servirá para el debido cumplimiento de la obligación a cargo del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, a que se refiere el artículo 345-A incorporado por la ley N° 27495; la que tiene por objeto desfavorecer al cónyuge culpable, por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo”

Como bien lo señala Mendoza (2002:91), quien escribe dentro de este lapso de tiempo, en los casos de la separación de hecho “para los efectos personales y patrimoniales que resultan del divorcio se recurre a un esquema del cónyuge culpable y cónyuge inocente”.

Por su parte, Canales (2010:173) considera que para dictar las medidas tuitivas a favor del cónyuge más perjudicado es necesario previamente analizar e identificar al cónyuge que motivó la separación de hecho. Además, agrega que el cónyuge perjudicado es aquel que no ocasionó la separación de hecho. Con esta última aseveración coincide el profesor Plácido (2008:54-56) al indicar que la acreditación de un motivo imputable a uno de los cónyuges del alejamiento del domicilio conyugal “servirá para definir la admisibilidad de la demanda y también para identificar al consorte perjudicado con el fin de proteger su estabilidad económica (...)”.

Otra autora de renombre, que en su oportunidad opinaba de manera similar al considerar determinante el motivo por el cual se produjo la separación de hecho, es la Dra. Cabello (2001:416)

“el perjudicado no necesariamente ha de coincidir con la persona del cónyuge emplazado, podrá serlo si este es el consorte abandonado en contra de su voluntad, más no lo será si la separación de los cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la del abandono injustificado de la casa conyugal con el fin de facilitar las pruebas”.

Para Castillo y Osterling (2003:70) en los casos de separación de hecho de solicitarse la indemnización que corresponde a esta causal, deberá haber una valoración de los comportamientos conyugales, a fin de determinar si alguno de los esposos violó los deberes y las obligaciones conyugales.

Como se puede apreciar la lógica de esta etapa gira en torno a la culpa. Así la indemnización se deberá cuando se acredite cuál de los dos cónyuges motivó la separación de hecho, cuál de los cónyuges violó los deberes conyugales de asistencia, cohabitación, fidelidad, etc. También, dentro de esta lógica, cabía la compensación de culpas, por llamarlo de una manera, como se aprecia de la reproducción del pasaje de la Dra. Cabello o como lo expresa el profesor Plácido (2003:78) cuando señala que en los casos de alejamiento físico simultáneo o sucesivo “se comprueba la concurrencia de culpa de ambos consortes, lo que suprime la posibilidad de invocar la condición de cónyuge perjudicado”.

Muestra práctica de esta lógica culpabilística expuesta por la doctrina son las sentencias de la época.

En la casación 2366-2009 Lima Norte se consideró estimar a favor del cónyuge más perjudicado con la separación de hecho (la demandada) una indemnización, pues: 1. El actor fue quien se retiró del hogar conyugal; 2. Dejó a sus cinco hijos al cuidado de la esposa; 3. La demandada tenía 17 años cuando contrajo matrimonio; 4. La demandada tuvo que interponer demanda de alimentos

y denuncias penales; 5. El demandante ha logrado formar una nueva familia. Por dichas consideraciones,

“debe fijarse un monto que pueda resarcir el daño moral ocasionado a la demandada, el mismo que se estima de forma prudencial en la suma de cuatro mil nuevos soles, monto que podrá reparar en algo los daños y perjuicios causados por la ruptura del vínculo matrimonial y el incumplimiento de los deberes de asistencia mutua que debieron primar en la dicha unión matrimonial”.

En la casación 2760-2010 Arequipa se toman en cuenta dos situaciones: 1. El accionante fue quien se alejó del hogar conyugal y 2. Sostuvo una relación convivencial con otra persona con quien procreó dos hijos. Con ello, dice la suprema, faltó a sus deberes de fidelidad y asistencia “(...) observando una conducta impropia y lesiva a la dignidad de su cónyuge y por añadidura a la de sus propios vástagos, en tanto resulta evidente que, en estos casos de ausencia o abandono, provocan por lo general un menoscabo en la autoestima de la cónyuge y un sensible resquebrajamiento de la estabilidad del propios entorno familiar”. En este caso se fijó la indemnización en S/. 4,000.00.

Esta tendencia, como es evidente, se reprodujo en las instancias de mérito, así en una sentencia de la primera sala civil de la Corte Superior de Arequipa (Causa 865-2005) se estableció que al obrar en autos una partida de un hijo extramatrimonial del demandante

“resulta evidente que el actor ha incumplido su deber de fidelidad previsto por el artículo 288 del Código Civil al mantener una relación extramatrimonial con tercera persona cuando aún no se había disuelto el vínculo matrimonial perjudicando a la demandante, en ese sentido, la conducta del demandado ha ocasionado un daño moral al haber atentado o menoscabado los sentimientos de la demandada (...) resultando plenamente aplicable lo previsto por el artículo 345-A”.

También, como en la doctrina, en la jurisprudencia se opinaba que en los casos de culpa concurrente no procedía la indemnización contemplada por el artículo 345-A. Por lo menos así lo establece la Casación N° 3143-2009 La Libertad en donde se indica que de autos se verifica que ambos cónyuges, sin divorciarse, han contraído nuevas nupcias con terceras personas, “coligiéndose entonces que ambos cónyuges incurrieron en infidelidad, llevando vidas separadas y constituyendo cada uno sendos hogares apartados (...) en consecuencia, el artículo 345-A no resulta aplicable al caso de autos”.

Como se puede apreciar, tanto doctrina como jurisprudencia de esta primera etapa conceden o deniegan la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil haciéndose la pregunta básica de quién motivó o promovió la separación de hecho (así deudor de la indemnización será el que unilateralmente decidió la separación; en caso, de que haya sido por mutuo acuerdo, no procederá la indemnización); además de ello, también se verificará si se ha cumplido o no con otros deberes conyugales (fidelidad, asistencia mutua), en caso que no se hayan cumplido, la indemnización pesará sobre el cónyuge que violó los indicados deberes

conyugales. Es decir, en esta etapa es fuerte la influencia del esquema cónyuge culpable – cónyuge inocente. Primero se busca al culpable (el violador de los deberes conyugales), para luego, por descarte, determinar al cónyuge más perjudicado (que no es sino una suerte de cónyuge inocente, el abandonado, el maltratado).

En esta etapa no es tan relevante el tema económico. La pregunta no es quien ha sufrido la inestabilidad económica. La pregunta principal resulta ser quién es el cónyuge culpable, quién violó los deberes matrimoniales, quien abandonó.

El principal problema con esta forma enfocar la indemnización es que no se cumple con la finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; en cambio, se prioriza la indemnización del daño moral. Ello conlleva a que la indemnización, entre otras cosas, sea diminuta para la finalidad propuesta la cual es apoyar al cónyuge perjudicado con el fin de que éste supere la inestabilidad económica y desarrolle una economía independiente a la matrimonial.

2. El Tercer Pleno Casatorio Civil

Como ya se ha dejado constancia líneas arriba, el tercer pleno casatorio civil sirvió para hacer más conocida una voz que negaba la naturaleza resarcitoria o de responsabilidad civil de la indemnización contenida en el artículo 345-A del Código Civil. Si bien, no se logró el cometido de desligar totalmente la institución estudiada de la lógica culpabilística y de responsabilidad civil, sí fue un buen paso.

En el pleno casatorio, del fundamento 54 se tiene que la finalidad de la indemnización no es resarcir daños, sino que su finalidad es corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial. También ilusiona el fundamento 65 del pleno que señala que “el menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatada por el juez de las pruebas y lo actuado en el proceso, y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí, con prescindencia de toda forma de culpa” e, incluso, se sugiere una metodología similar a la que se aplica en España; así en el fundamento 64 se indica que “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”.

Hasta ahí uno podría pensar que en el pleno se logró el objetivo de desligar la indemnización de todo rasgo de culpabilidad; sin embargo, ello no fue así. En el fundamento 61, el pleno propone la existencia de dos juicios sucesivos para determinar si se concede o no la indemnización: un primer juicio que denomina de procedibilidad en el cual se verifican los daños producidos como consecuencia del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, además el juez debe verificar que dichos daños tengan relación causal con la separación de hecho, “sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución” (es decir, sin verificación de culpa o dolo). El segundo juicio es de fundabilidad en el cual, a criterio del pleno, sí es posible tener en cuenta aspectos de culpa o dolo ello con el fin de “determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado” y se coloca como ejemplo para este juicio de

fundabilidad los siguientes casos “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”.

En el fundamento 62, el pleno establece que

“en principio, no es presupuesto *sine qua non* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización (...) no obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización”.

En el fundamento 63 se indica que para cubrir los perjuicios ocasionados por el apartamiento fáctico de uno de los cónyuges se debe tener en cuenta entre otras cosas “su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria”. También se deberá tener en cuenta “la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio”.

En el fundamento 74, segundo párrafo, a fin de cuantificar la indemnización se indica que se debe tener en cuenta algunas circunstancias “como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes”.

De igual forma, el precedente vinculante N° 05 establece que

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

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

situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes”.

El pleno parece proponer, en el juicio de procedibilidad, un juicio estrictamente objetivo, por medio del cual se valoren los daños producidos por la separación de hecho, sin análisis de culpa o dolo; sin embargo, en el juicio de fundabilidad, el pleno sí da cabida al análisis de la culpa o dolo, sobre todo con el fin de cuantificar la indemnización. Con respecto a ello debemos señalar que la metodología es incoherente. Es incoherente puesto que todo lo que se luchó y se predicó entorno a que la determinación del daño tiene que ser objetivo, se pierde al permitir que en la cuantificación ingresen criterios subjetivos que no tienen nada que ver con la finalidad propuesta por el artículo 345-A del Código Civil (¿qué tiene que ver la violencia física o psicológica con el equilibrio económico?).

Sin perjuicio de ello, de los pasajes del pleno recién citados podemos extraer los siguientes criterios para determinar al cónyuge más perjudicado y para fijar su cuantía:

- a) La culpa del otro cónyuge en el fracaso matrimonial;
- b) La edad
- c) El estado de salud
- d) La posibilidad real de reinsertarse al trabajo
- e) La dedicación al hogar y a los hijos menores
- f) El abandono del otro cónyuge y de sus hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de los alimentos
- g) La duración del matrimonio y de la vida en común
- h) Las condiciones económicas, sociales y culturales
- i) El grado de afectación emocional o psicológica
- j) 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 (desequilibrio económico)
- k) Otras circunstancias.

La mayoría de criterios han sido extraídos de la legislación española; otros son cosecha nacional (la culpa, las condiciones sociales y culturales, el grado de afectación emocional o psicológica).

Con dichos criterios el pleno analiza el caso concreto que motivó su pronunciamiento y específicamente evalúa las sentencias de mérito, indicando lo siguiente:

- Con respecto a la asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo el pleno indica que

“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 (...) esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el acto, produciéndose un evidente

desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral”.

Correctamente se considera para valorar la inestabilidad económica el hecho de que la demandada haya aportado económicamente para la educación del marido, en perjuicio del propio desarrollo personal y profesional (ella se quedó en la ciudad de origen realizando labores propias del campo). Sin embargo, el apoyo no sólo fue económico, sino que además la mujer se dedicó a los hijos, lo que también es un valioso aporte para la familia. Todo ello con el fin de que el marido se desarrolle profesionalmente, en perjuicio de las propias expectativas laborales y de desarrollo personal.

- Con respecto a los actos de violencia promovidos en contra de la demandada se señala que “no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias, sino también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada”.

No consideramos pertinente para compensar la inestabilidad económica la evaluación de hechos de violencia intrafamiliar. No nos consta que en el caso sometido al pleno se haya reconvenido por la causal de violencia física o psicológica o que verse sobre un proceso de violencia familiar; por el contrario, se trata de un proceso de separación de hecho. No es que creamos que los actos de violencia física o psicológica deban quedar impunes o sin resarcimiento, pero sí afirmamos que la indemnización por inestabilidad económica no es la vía adecuada para su compensación, puesto que la violencia física o psicológica debe ser reparada teniendo en cuenta los parámetros y funciones propios de la responsabilidad civil y no los parámetros de la indemnización por inestabilidad económica que son (o deberían ser) meramente objetivos dada su finalidad. En ese sentido, la demandada tenía dos posibilidades, o reconvenir por la causal culpabilística de violencia física o psicológica; o demandar por la vía de la violencia familiar; en ambos casos podía, sin lugar a dudas, obtener una reparación por el daño moral o daño a la persona sufrido.

- Con respecto al incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, se indica que “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 indirectos 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”.

Para los fines que se propone la indemnización para velar la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, este criterio tal y como está explicitado por la Corte Suprema no es útil, puesto que hace énfasis en la culpa y la indemnización se torna una suerte de castigo para el cónyuge que se desentendió de sus obligaciones conyugales y paternofiliales.

El incumplimiento de la obligación alimentaria, independientemente de la posibilidad de obtener el cumplimiento forzado al cual puede haber lugar a través de un proceso de alimentos, puede, por lo menos en la experiencia extranjera así se ha visto, ser materia de juicio y condena en los predios de la responsabilidad civil. Así, por ejemplo, se destaca en una sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Argentina, en donde se condena al padre al pago de cinco mil pesos, a cada una de sus hijas, por daño moral consistente en “las aflicciones y padecimientos que hubieron de soportar desde pequeñas por la incertidumbre familiarmente vivida de contar con el aporte económico del padre”, la cual se ha valorado como un daño *in re ipsa*⁵.

En el Perú, por lo menos en la jurisdicción civil o familiar, no podemos atestiguar la existencia de ningún proceso de daños y perjuicios por incumplimiento del deber alimentario. Sin embargo, en el ámbito penal, en los procesos de omisión de asistencia familiar, sí es común que, junto a la condena, a título de reparación civil, se fije un monto dinerario.

Regresando a nuestro tema, la necesidad de exigir alimentos en la vía judicial, para los fines de determinar al cónyuge más perjudicado, sí es útil siempre que dicho proceso de alimentos se extraiga: 1. Cuál de los dos cónyuges se dedicó a los hijos; 2. Cuál de los dos cónyuges no desarrolló actividad lucrativa. No nos será útil si es que se interpreta que por el solo hecho de demandar alimentos ya se constituye como cónyuge más perjudicado.

- Por otro lado, el pleno señala que, con relación al inicio del proceso judicial de divorcio, ello, en principio, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

Es correcto que ello no entre al análisis para determinar si procede o no la indemnización que venimos estudiando; sin embargo, advertimos que en una casación publicada posterior al pleno (Cas. 3464-2010-Lima, publicada el 29 de febrero del 2014, expedida el 03 de octubre del 2011), como uno de los criterios tomados en cuenta se tiene que

“fue el demandante quien en todo momento ha pretendido finiquitar la relación conyugal para efectos de sustraerse de sus obligaciones de asistencia mutua y cohabitación, ya que fue él quien se retiró del hogar conyugal, y fue él quien demandó anteriormente el divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, aun cuando el mismo no hubiera sido amparado”.

Es decir, en esta casación sí se toma en cuenta quien tuvo la iniciativa de dar por concluido el matrimonio.

⁵ Disponible en <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=800>

Bajo esos criterios, la Corte Suprema confirma las decisiones de las instancias de mérito relacionadas al cónyuge perjudicado considerando que es la mujer la que ha sufrido más con la separación de hecho.

Consideramos que es conforme a ley que se haya determinado que es la cónyuge la más perjudicada con la separación de hecho; con lo que discrepamos es que se ingrese al análisis de situaciones que no tienen nada que ver con la finalidad prevista en el propio artículo 345-A del Código Civil; esto es “velar por la estabilidad económica”. Por ejemplo, nos preguntamos, qué tiene que ver con la estabilidad económica la valoración de la violencia física o psicológica.

Para velar por la estabilidad económica se deberían tener otros criterios, como lo son los ingresos de ambas partes, la actividad económica que actualmente desarrollan las partes, la capacitación de las partes con el fin de insertarse al mercado laboral, la edad, la salud, etc.

Por otro lado, el monto fijado (S/. 10,000.00) se establece sin tener en cuenta ningún criterio, como podría ser el tiempo que la demandante necesita para estabilizarse económicamente (1 año, 2 años, 5 años) y un monto periódico que necesite con la finalidad de superar dicha inestabilidad que le ha ocasionado el divorcio (S/. 1,000.00 mensual por diez meses, por ejemplo).

3. La jurisprudencia después del Pleno Casatorio

A pesar de haberse establecido que la indemnización contenida en el artículo 345-A no respondía a los cánones de la responsabilidad civil, sino que tenía la naturaleza de una obligación legal indemnizatoria, fundada en la equidad y en la solidaridad familiar, y que tenía como fin subsanar la inestabilidad económica generada por la separación de hecho y/o divorcio, a pesar de todo ello, y por falta de claridad en el propio pleno (que siguió hablando de daño moral y daño a la persona, y en consecuencia evaluando situaciones ajenas al fin de la materia estudiada), la jurisprudencia posterior al pleno siguió evaluando situaciones culposas o dolosas, aunque también es cierto, que en este periodo existen sentencias que dan cuenta de un cambio parcial en la perspectiva, orientadas a dejar de lado criterios culposos para determinar la procedencia de la indemnización.

3.1 ¿El abandono o decisión unilateral de separación define al cónyuge más perjudicado?

En muchos procesos se ha determinado que el cónyuge más perjudicado es el cónyuge abandonado o víctima de una decisión unilateral del otro consorte.

En efecto, en la casación N° 4611-2013 Lima, emitida el 20 de marzo del 2014, publicada en el Peruano el 30 de junio del 2014, se establece que:

“La Sala Civil ha considerado que con la constatación policial a fojas cincuenta y dos, se ha acreditado que el demandado denunció que su cónyuge hizo abandono del hogar familiar con fecha uno de junio del dos mil tres, indicando que la causa de ello fue la pretensión de separarse y divorciarse por parte de ésta, lo

que igualmente ha sostenido en la contestación de la demanda y declaración de parte prestada en autos, siendo que si bien la demandante en su escrito de demanda (...), ha señalado que la separación se ha producido por situaciones irreconciliable y debido a que su cónyuge le cambió de cerraduras del departamento común donde vivían, viéndose obligada a acudir a la casa de su madre; también lo es que en modo alguno ha probado dichas afirmaciones (...) que contrariamente a ello se desvirtúan con la declaración jurada suscrita por Marina Bacilia Villalba que señaló que prestó alojamiento en su vivienda a Lara Rushby Limaco, desde el día uno de junio de dos mil tres, precisando que la citada demandante le hizo la solicitud de alojamiento con la debida anticipación, llevando consigo al momento de alojarse artículos personales que ingresó para su uso, lo que igualmente ha sido manifestado en su declaración prestada en audiencia de pruebas (...)

Y continúa diciendo que dichas pruebas:

“evidencian su decisión unilateral y voluntaria de poner fin a su relación matrimonial observándose, además de ello que (...) corre el certificado de movimiento migratorio de fecha 14 de agosto del 2006 del cual se desprende que de fecha 04 de noviembre del 2004, salió del Perú, con destino al país de Venezuela sin que hasta la fecha registre retorno alguno, lo cual permite determinar que fue la demandante quien se retiró del hogar conyugal desde el día uno de junio del dos mil tres sustrayéndose desde aquel entonces de sus obligaciones conyugales, siendo que el demandado resultó perjudicado con la separación de hecho”.

Este criterio se reitera en la casación N° 2898-2013 Lima Norte, de fecha 03 de abril del 2013, publicado el 30 de julio del 2014 al casar una sentencia de segundo grado puesto que “no se ha efectuado un análisis a partir de lo alegado por ambas partes, máxime si el propio demandante es quien refiere haberse retirado del hogar, por lo que, debe analizarse si es que incumplió injustificadamente con sus deberes conyugales de asistencia y con el deber de cohabitación (...)”.

Nos da la sensación de estar frente a casaciones que resuelven proceso de abandono injustificado del hogar conyugal y que fijan un resarcimiento por daño moral, pero no es así, es el análisis que se hace para determinar la procedencia de la indemnización dispuesta por la ley para velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado.

Ahora bien, el abandono como criterio ha permitido excluir del pago de la indemnización contenida en el artículo 345-A, cuando el abandono no se acredita. Así la casación N° 5145-2011 Tacna, del 16 de abril del 2011, establece que

“en el presente caso, es de apreciar que no se ha acreditado que con la separación de hecho haya resultado perjudicado alguno de los cónyuges, pues no se ha acreditado que el demandante abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más

aún si no se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos”.

De igual forma, en el caso de mutuo acuerdo en la separación, han existido pronunciamientos que deniegan la indemnización. Por ejemplo, la casación N° 1448-2012 Lima, publicada en el Peruano el 02 de enero del 2014, establece que “no se ha probado en autos que dicha demandada haya demostrado ser la cónyuge más perjudicada con la separación de hecho, en tanto la separación fue por mutuo acuerdo conforme lo ha reconocido la emplazada en su declaración de parte (...)”.

Estas ejecutorias son criticables por lo siguiente:

1. Se hace coincidir al cónyuge perjudicado con el cónyuge abandonado, como si se tratara de un proceso de abandono injustificado de la casa conyugal. Ello trae consigo que no se obedezca a la finalidad del artículo 345-A del Código Civil, que es la de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, puesto que fácilmente el cónyuge que sufre la inestabilidad económica puede ser aquel que se alejó del hogar conyugal, por razones justificadas o no. Quien haya abandonado o no el hogar conyugal es irrelevante. Lo relevante es determinar quien sufre la inestabilidad económica por la disolución del estatuto protector del matrimonio o de la vida en común.
2. El solo hecho de que exista un acuerdo para la separación de hecho, en nada obsta para que uno de los cónyuges sufra de inestabilidad económica. En ese sentido, independientemente de cuál fue el motivo de la separación de hecho, se debe analizar si es que ha existido o no inestabilidad económica ocasionada por la forma de vida matrimonial o distribución de papeles dentro del matrimonio o por alguna otra situación similar. Para determinar si es que corresponde o no la asignación de la indemnización, se deberá analizar el acuerdo de los cónyuges con otros criterios, tales como el sacrificio que han hecho cada uno de los cónyuges en pos de los fines matrimoniales y las consecuencias que ellos hayan podido tener en sus respectivas carreras, etc.

3.2 La infidelidad como criterio pierde cierto terreno. Propuesta para que la vida marital durante la separación de hecho sea tomada en cuenta como criterio para negar la indemnización.

Podemos indicar que en la jurisprudencia posterior al tercer pleno casatorio existe una tendencia a atenuar los efectos de la infidelidad.

En la casación N° 3999-2013 Lima del 21 de mayo del 2014, se deja claro que por ser un divorcio remedio “la alegación referida por la demandada respecto a la presunta infidelidad del actor no puede ser considerada como elemento que hubiera determinado el quiebre del vínculo

matrimonial y menos aún que motive a considerársele como la cónyuge más perjudicada”.

La casación 5625-2011 Lima del 09 de mayo del 2013, en la cual se determina que si bien ha existido infidelidad mutua (lo cual sirve para atenuar en el caso concreto la indemnización), es necesario fijar una indemnización. Así lo expresa

“(…) las instancias de mérito (…) han determinado que la separación de hecho fue ocasionada también por el comportamiento de la reconviente, lo que obliga a tener en cuenta tal acto pues el deber de solidaridad del que surge la obligación de indemnizar tiene que ser analizado conjuntamente con la concurrencia de culpas. (…) En ese sentido, como quiera que aquí se ha acreditado corresponsabilidad, este tribunal supremo estima que debe fijarse una indemnización prudencial de S/. 10,000.00 que corresponda: i) a la culpa de las partes, detallado en las sentencias de mérito; ii) al perjuicio existente conforme a los datos expresados; iii) a la edad de la reconviente (actualmente cincuenta y ocho años de edad); iv) a la inexistencia de hijos menores de edad y v) a la conciliación arribada en el proceso de alimentos”.

En la casación 4129-2011 Lambayeque del 10 de julio del 2012, la corte suprema establece que, si bien ambos cónyuges faltaron al deber de fidelidad al rehacer sus vidas con terceras personas luego de la separación de hecho, esta reanudación por parte de la mujer fue posterior a la del marido, por lo que procede la indemnización a favor de la mujer. En el caso concreto, el *a quo* había declarado infundado el pedido de indemnización puesto que ambas partes incumplieron sus deberes, en virtud a que ambos habían reconstruido su vida amorosa con terceras personas con las que incluso tuvieron hijos. Sin embargo, la corte suprema indica que se deberían tener en cuenta otras circunstancias como lo son: i) no se acreditó que la cónyuge desempeñe algún trabajo remunerado o que tenga estudios técnicos o superiores; ii) la cónyuge tuvo que demandar alimentos y ante el incumplimiento de la otra parte tuvo que denunciar penalmente; iii) demandó aumento de alimentos, aunque esta pretensión fue rechazada; iv) el cónyuge fue quien en todo momento pretendió finalizar con el vínculo matrimonial: demandó tres veces el divorcio pero todos los procesos terminaron sin declaración sobre el fondo. Con respecto a la infidelidad la corte suprema agrega que “si bien la cónyuge al igual que el actor procreó otro hijo con persona distinta a su cónyuge, ello ocurrió en el año 1997, con suma posterioridad al demandante, quien incluso procreó tres hijos siendo el mayor del año 1977, es decir, dos años después de haber contraído nupcias con la actora, con lo cual se evidencia el perjuicio que le ocasiona el divorcio a la impugnante”.

Por otro lado, en la casación N° 1458-2010 Piura, la posición de la mayoría fue por la nulidad de la sentencia, por no haberse pronunciado las instancias de mérito sobre el artículo 345-A. Sin embargo, también contiene el voto singular del juez supremo Palomino García que indica

“conforme se advierte de la propia declaración del demandante, prestada en la audiencia de pruebas, fue el accionante quien se alejó del hogar conyugal y posteriormente sostuvo una relación convivencial con otra persona con la que ha procreado hijos, faltando así a sus deberes de fidelidad y asistencia en menoscabo de los sentimientos afectos de su cónyuge. Ahora bien, el hecho de que la demandada hubiera tenido un nuevo compromiso e incluso hijos con otra persona, en nada enerva el perjuicio irrogado a la cónyuge, en tanto que fue el demandante quien por propia voluntad hizo abandono del hogar conyugal observando así una conducta impropia y lesiva”.

Debe anotarse la particularidad en el caso concreto que la separación de hecho se produjo 51 años antes de la sentencia.

El lapso de tiempo transcurrido entre la separación de hecho y la declaración de divorcio y más aún el hecho que ambos cónyuges hayan rehecho su vida sentimental con terceras personas, nos habilita a preguntarnos si es que en todo caso dicha circunstancias también debería ser tomada en cuenta para la indemnización. Ello por cuanto es evidente que, en 51 años de separados de hecho, salvo excepciones, es posible desarrollar una vida económica independiente, sin que el divorcio afecte gravemente el equilibrio económico. El hecho que se haya vuelto a hacer una vida en común con otra persona, con hijos de por medio, es un indicio que en todo caso ya tiene la cobertura o apoyo económico o ha desarrollado una nueva dinámica familiar.

En el derecho comparado, en España, específicamente, el primer párrafo del artículo 101 del Código Civil de dicho país establece que la pensión compensatoria se extingue por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. Sin embargo, estas causas de extinción también han sido aplicadas por los tribunales ibéricos como causas de impedimento de concesión de la pensión compensatoria. De ello da cuenta Gutiérrez (2013:41)

“son no pocas las sentencias que, en cambio, se fijan en el dato de la concurrencia de vida marital para denegar *ab initio* la atribución misma de la pensión compensatoria y se fundan en el artículo 101.1 *in fine* CC a fin de declarar, a mi juicio con patrones de la más pura lógica, que si uno de los cónyuges implicados en el procedimiento de separación o divorcio vive maritalmente con un tercero “carece de derecho a la pensión”. Así, afirman nuestros tribunales en tal sentido que la vida marital a que se refiere el citado artículo legitima “para extinguir o para impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria (SS AAPP de Murcia 14 febrero 2013 [JUR 2013, 127548] y Tenerife de 8 de marzo 2010 [JUR 2011, 13028], que “la convivencia marital con otra persona, de concurrir en el momento de solicitarse la declaración del derecho a la pensión, devendría causa de no nacimiento del mismo” (SAP de las Palmas de 30 de enero 1996 [AC 1996,156] (...))”.

Con respecto a la justificación de esta causal ya sea de impedimento o de extinción de la pensión compensatoria, se informa que es casi unánime el pronunciamiento de los tribunales españoles en el sentido “de que la referida causa extintiva fundada en la vida marital no constituye una sanción para el preceptor de la pensión por una suerte de vida licenciosa (in fidelidad *ex post* a la crisis o ruptura matrimonial)”. (Gutiérrez, 2013: 56) Descartada que esta causa de extinción esté relacionada a algún concepto de orden moral, la jurisprudencia española

“ha venido a declarar reiteradamente que el artículo 101.1 *in fine* del CC se justifica en la necesidad de evitar que “se mantenga el derecho a pensión cuando desaparece el desequilibrio económico, lo que ocurre cuando se alcanza una nueva situación de convivencia estable con otra persona” (SS. AAPP de Salamanca de 11 octubre 2012 [JUR 2012, 371804] y 30 abril 2010 [JUR 2010,231717] (...). Incluso al propio Tribunal Supremo, en alguna ocasión, se le ha llegado a escapar de refilón que la vida marital es causa para extinguir la pensión compensatoria “en la medida en que con ella desaparece el desequilibrio económico que ésta trata de paliar” (auto del TS, Sala de lo Civil, de 20 enero 2009 [RJ 2009, 2381]”

En el Perú, la infidelidad como tal no puede ser causa para otorgar o no la indemnización contenida en el artículo 345-A del Código Civil, como acertadamente lo señala en alguna casación la corte suprema, a pesar de que, en muchos otros casos, contradictoriamente, sí haya valorado la infidelidad. No puede ser valorada por cuanto ello no es posible discutirlo en el divorcio por separación de hecho, por ser un divorcio objetivo, sin atribución de culpa, ni en la indemnización contenida en el artículo 345-A, por cuanto ésta última no está destinada a resarcir daños provocados por la ruptura de deberes matrimoniales, sino a compensar, a indemnizar, la inestabilidad económica producida no por ninguno de los cónyuges sino por la separación de hecho o divorcio.

La vida sentimental o afectiva de uno de los cónyuges durante la separación de hecho puede ser tomada en cuenta ya sea para atenuar o para no conceder la indemnización contenida en el artículo 345-A del Código Civil, pero no por una cuestión de orden moral, o por la violación de los deberes maritales, sino por cuanto son indicio de que los cónyuges pueden haber desarrollado una economía familiar o doméstica independiente a la de su matrimonio, por lo que al momento de declararse el divorcio no sobrevendrá inestabilidad alguna y no habrá lugar a declarar cónyuge más perjudicado.

3.3 La jurisprudencia post-pleno casatorio: criterios objetivos y criterios subjetivos confluyen

Luego del tercer pleno casatorio se han dado varias ejecutorias que hacen confluir criterios de orden objetivo como de orden subjetivo. Los primeros destinados a valorar realmente la inestabilidad económica y los segundos más bien a imputar responsabilidad a uno de los cónyuges.

En la casación 3464-2010 Lima del 03 de octubre del 2011, se da cuenta de un caso en el cual, en segunda instancia, revocando la sentencia de primera instancia, se denegó la indemnización contenida en el artículo 345-A en atención a que las patologías psiquiátricas que sufría la cónyuge no guardaban relación causal con la separación de hecho (según la historia clínica de la cónyuge las patologías eran anteriores a la separación de hecho) y, además, mediante escritura de separación de patrimonios, se le había otorgado a la cónyuge la propiedad de la casa conyugal más el doce por ciento de acciones en una empresa. Sin embargo, la corte suprema casa esta sentencia de vista indicando que

“la Sala Superior, para efectos de estimar o rechazar la indemnización solicitada por la demandada vía reconvencción, ha establecido de forma acertada que el análisis de la procedencia de la indemnización debe reducirse a la acreditación del nexo causal entre el hecho de la separación y el subsecuente daño producido; sin embargo, al realizar el juicio de fundabilidad, sólo se limita a analizar algunos aspectos relacionados a la salud de la demandante y la distribución de los bienes adquiridos dentro del matrimonio, sin considerar otras circunstancias trascendente ínsitas en el resquebrajamiento de la convivencia matrimonial (...)”

En ese sentido, la Corte Suprema, considera que a fin de fijar la indemnización contenida en el artículo 345- A del Código Civil, se deben tener en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La cónyuge no se ha desempeñado en trabajo remunerado ni ha seguido estudios, ello debido a que era cónyuge de oficial del ejército debiendo movilizarse constantemente y dedicarse a las labores del hogar.
2. La cónyuge ha demandado por alimentos, ante el incumplimiento de su consorte.
3. Su estado de salud es delicado y viene atendiéndose en el Hospital Militar y perderá este beneficio con el divorcio.
4. Perderá estatus social ya que su cónyuge es general de brigada en retiro lo que generará angustia y depresión
5. Fue el cónyuge quien siempre tuvo la intención de terminar con el matrimonio, pues anteriormente había demandado por imposibilidad de hacer vida en común.

En consecuencia, conceden una indemnización por inestabilidad económica por el monto de S/. 12,000.00

Según nuestra valoración es correcto que se tome en cuenta para identificar al cónyuge perjudicado las circunstancias en las que se desarrolló la vida marital, además de la repercusión que dichas circunstancias han tenido en el ámbito laboral y académico de los cónyuges. En el caso concreto, el marido se desempeñó como oficial del ejército de éxito (llegó a ser general de brigada), mientras que la mujer no ha tenido profesión u oficio conocido ni remunerado ni capacitación alguna. Dicha falta de capacitación se ha debido,

según se dice, al hecho que el cónyuge por su profesión desplazaba a la familia constantemente, lo cual resulta razonable. Para dar más solidez a esta última afirmación hubiese sido ideal que se haga referencia a la edad en que contrajeron matrimonio (por ejemplo, si la mujer se casó muy joven o truncó sus estudios por quedar embarazada y casarse).

También se hace referencia al hecho que la cónyuge se ha visto en la necesidad de demandar alimentos, por lo que recibe una pensión de S/. 900.00, la cual se ha dispuesto que continúe. *Per se*, el hecho que uno de los cónyuges demande alimentos del otro cónyuge (y logre una sentencia) durante la separación de hecho no nos debe conducir a identificar al cónyuge más perjudicado; sin embargo, es un indicio de cuál de los cónyuges está en mejores condiciones de afrontar económicamente el divorcio o la separación de hecho. La razón de tomar en cuenta este criterio no debería tener relación alguna con hecho imputable. La indemnización del 345-A no se concede porque alguno de los cónyuges se haya sustraído de sus deberes o haya violado el deber de asistencia mutua, como lo señala la casación 3765-2010 Lima, en donde se indica que hay un daño moral en donde deben meritarse las consecuencias naturales que produce en el seno de cualquier familia el incumplimiento de las responsabilidades constitucionales. La razón de tomar en cuenta este criterio, desde nuestra perspectiva, radica en que nos brinda un indicio de cuál de los dos cónyuges durante la separación de hecho ha podido afrontar mejor la vida tras la crisis familiar. Es evidente que el cónyuge que obtiene una pensión alimenticia durante la separación de hecho, ha podido acreditar los ingresos del otro cónyuge y sus propias necesidades. Además, también nos dará indicio de cuál de los cónyuges tiene la tenencia de los hijos menores de edad o mayores con discapacidad, lo que nos llevará a determinar si es que el cónyuge perjudicado podrá fácilmente reinsertarse a alguna actividad económica o si, por el contrario, tendrá dificultades.

Dentro de los criterios tomados por la Corte Suprema en el caso concreto cuenta también con el estado de salud el cual es delicado y el hecho que viene atendiéndose en el hospital militar y que dicho beneficio se perderá. Es correcto que se merite el estado de salud de los cónyuges, no con el fin de ver si es que a raíz de la separación de hecho se ha ocasionado alguna patología, como se hace en las instancias mérito que resuelven el caso concreto, sino con la finalidad de determinar si es que el estado de salud (y la edad) “determinan la incapacidad de mantener una vida económicamente independiente del otro” (Belío 2013:94).

También es correcto que se tome en cuenta la pérdida de seguros y otros, puesto que dicha pérdida supone que el cónyuge perjudicado, que estaba asegurado en razón de derechohabiente del titular, tras el divorcio deberá afrontar sus propios gastos médicos o de otra índole que pueden llegar a ser económicamente cuantiosos, lo que sin duda da lugar a inestabilidad económica.

Con respecto a la pérdida del estatus social por divorciarse de un general de brigada del ejército peruano, no creemos que ello tenga mucho que ver con la estabilidad económica. En efecto, se hace referencia a un perjuicio

en el ámbito social, en su vida en relación, en un descenso social, que en principio no tiene relevancia económica directa para desarrollar una economía posdivorcio.

Por último, se toma en cuenta que fue el cónyuge quien siempre buscó finiquitar la relación matrimonial, incluso, en un proceso anterior, pretendió la disolución del matrimonio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común. Este criterio es cuestionable. En primer lugar, contraviene lo establecido en el tercer pleno casatorio civil, cuando dice, en el considerando 96, apartado d, que

“el requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil”.

Pero más relevante aún es el alcance del profesor Leysser León (2011:250) quien suscribe la opinión de la doctrina italiana en el sentido que la libertad de apartarse de un vínculo matrimonial devenido en insoportable no puede significar otra cosa que no sean resarcibles los daños directamente ocasionados por dicha ruptura.

En sentido similar, pero en el ordenamiento español, se ha opinado que “la libertad de ruptura, la otra cara de la libertad para contraer matrimonio o libertad nupcial, convierte también en lícito cualquier daño que se derive de la separación o divorcio a instancias de uno de los cónyuges o de ambos, y naturalmente cualquier daño que derive de la ruptura de una convivencia de hecho”. (Saínz-Cantero 2012: 78) Explican las autoras Saínz-Cantero y Pérez que esta libertad de ruptura se encuentra incluida en el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en la constitución española.

En ese sentido, el mero hecho de que uno de los cónyuges desee disolver el matrimonio, no debe ser tomado en cuenta para los fines del artículo 345-A del Código Civil, por cuanto no está alineado con la finalidad de la indemnización estudiada. Por otro lado, ni siquiera en el supuesto hipotético negado que la indemnización estudiada sea una de naturaleza resarcitoria se podría tomar en cuenta el hecho de que uno de los cónyuges haya querido disolver el matrimonio, puesto que se encuentra dentro de su derecho de acción y de su libertad nupcial decidir con quién, cuando, y por cuánto tiempo mantiene la relación con una persona, no siendo posible recurrir a la responsabilidad civil para forzar una convivencia no deseada.

Pasando a otra ejecutoria, casación N° 5625-2011 Lima, de fecha 09 de mayo del 2013, se casa una sentencia de vista emitida por un Sala Superior que, a consideración de la Sala Suprema, no ha tenido en cuenta los siguientes criterios: “i) la edad en que la demandante contrajo matrimonio (quince años);

ii) que no ha podido desarrollar una carrera que le permita insertarse en la vida laboral; iii) que el demandante posee título de ingeniero electricista; y iv) las declaraciones de los hijos de las partes procesales quienes han indicado la depresión que sufrió la demandante”.

Correcto que se analice la edad en la que contrajo matrimonio la mujer, puesto que ello está relacionado, seguramente, con la imposibilidad de capacitarse para insertarse en la vida laboral, lo que, sin duda, dará lugar a inestabilidad económica y, en consecuencia, a un cónyuge perjudicado tras el divorcio. Ahora bien, se hace notar por parte de la corte suprema que el marido posee título de ingeniero electricista, lo que da indicios de su capacidad de desarrollar actividad económica, aunque más relevante hubiese sido que se haga referencia a su actual actividad laboral y a sus ingresos. Todos esos criterios resultan datos objetivos que permiten determinar al cónyuge más perjudicado por la separación de hecho.

Sin embargo, luego se agrega un criterio que nada tiene que ver con lo que venimos estudiando: la supuesta depresión de la demandante. Nuevamente, regresamos a la lógica del divorcio sanción y de la responsabilidad civil, que tienen fines ajenos a la indemnización estudiada.

En otro caso interesante, Cas. N° 405-2013 Cusco, de fecha 13 de octubre del 2013, la sala civil permanente de la corte suprema, resuelve no casar una sentencia de vista que había fijado como indemnización el monto de S/. 20,000.00 como indemnización regulada por el artículo 345-A, que se mantenga la pensión alimenticia preestablecida y, además, que continúe la atención médica a favor de la ex cónyuge en la sanidad de la Policía.

En dicho caso, la Corte Suprema estableció que la reconviniente era la cónyuge perjudicada:

“que Carola C. C., viene padeciendo de una enfermedad, y que producto de ello constantemente viene siendo tratada; que dicha enfermedad (Virus del Papiloma Humano) también lo tiene el demandante, y que el diagnóstico fue detectado cuando mantenía vida en común con el demandante [si bien la sala suprema solo lo insinúa, la sala superior sí le imputó directamente al marido haber contagiado la enfermedad a su mujer]. Por otro lado, la reconviniente no cuenta con trabajo [el marido, da cuenta la sala superior, es comandante de la policía] y que debido a su edad sería complicado realizarse profesionalmente, en ese sentido Carola C. es la cónyuge más perjudicada, más aún si tenemos en cuenta que antes de producirse la separación de hecho el demandante, tuvo una relación extramatrimonial en la que concibió un hijo, lo que también originó un daño”.

Se aprecia que se toma en cuenta, en primer lugar, la enfermedad que sufren ambos cónyuges (VPH), cuya infección es imputada, directamente por la sala superior, indirectamente por la sala suprema, al cónyuge en agravio de su consorte. Como ya se ha dicho, la salud es un criterio importante a tener en cuenta, pero no con fines culpabilísticos o para determinar quien sufrió el

famoso daño a la persona, sino para determinar si es que el estado físico o mental del cónyuge más perjudicado va a permitir su reincorporación a la vida económica. Sin perjuicio de lo indicado, es menester señalar que en el caso que dentro del matrimonio haya existido algún daño susceptible de resarcimiento por la vía de la responsabilidad civil (como el caso de contagio doloso o culposo de alguna enfermedad venérea) esta podrá ser demandada, pero como una pretensión independiente a la prevista en el artículo 345-A del Código Civil, y sometida a las reglas propias que regulan el régimen resarcitorio.

De igual forma, en el caso *in comento*, se tiene presente la actual situación laboral de la esposa quien está desempleada y la edad de la misma, por lo que correctamente se concluye que será complicada su reinserción laboral. Hubiese sido ideal completar ello valorando la capacitación con la que cuenta, si es profesional o no, por lo menos de la parte expositiva de la sentencia, se observa que al inicio del matrimonio desarrolló actividad económica en la empresa Telefónica del Perú, por lo que debe tener capacitación y experiencia laboral, cosas importantes para determinar su potencial capacidad para reinsertarse a la actividad económica.

Por último, se pondera otro criterio de orden subjetivo, el cual es que el esposo haya tenido una relación extramatrimonial en la cual, además, procreó un hijo. Situación que, sin duda alguna, configura una violación al deber de fidelidad, pero como ya se ha visto nada tiene que ver con la estabilidad económica de los cónyuges.

No queremos dejar este breve recuento de ejecutorias supremas sin revisar los criterios tomados en cuenta por la casación N° 3999-2013 Lima. Interesante caso en donde se grafica la combinación de criterios subjetivos y objetivos para determinar la inestabilidad económica y al cónyuge más perjudicado. En esta oportunidad la sala civil transitoria de la corte suprema, resuelve declarar fundado el recurso de casación y, en consecuencia, nula la sentencia de segundo grado, y revocando la sentencia apelada, fijan una indemnización de S/. 10,000.00

El primer criterio que adopta la sala suprema para tomar dicha decisión es el siguiente:

“i) no se ha acreditado en autos que la demandada desempeñe o hubiera desempeñado algún trabajo remunerado en actividades concretas, para subvenir sus necesidades básicas. En este caso, en particular, ha incidido la situación personal de la recurrente, quien se ha visto compelida a dedicarse exclusivamente al cuidado del hogar y sobre todo a su menor hijo con discapacidad, sin poder desempeñar empleo remunerado alguno acorde con su grado de instrucción superior [la demandada es abogada]. Contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia vista, es cierto que a ninguno de los cónyuges se le puede imputar responsabilidad sobre la discapacidad que sufre el menor, pero también es verdad que se trata de un niño que requiere amor, cariño, atención y cuidado de ambos padres, siendo que en este caso el padre ha confiado todo

ello únicamente a la madre, quien atiende al menor a dedicación exclusiva debido a que éste tiene tendencias a autolesionarse y lesionar a otras personas, por lo que aquella no pudo labrarse otras expectativas o deseos de superación personal, trayendo como consecuencia que al momento de producirse la separación efectiva, no pudo procurarse su subsistencia por sí misma y deba recurrir al auxilio del demandante y de los beneficios que éste percibe como oficial de la marina de guerra del Perú, tanto en el aspecto económico como de atención médica para el menor y ella misma, siendo consecuencia inmediata del divorcio en sí que la demandada no puede acceder más a las prestaciones médicas para sí, por lo que se verá obligada a incrementar los gastos para solventar sus tratamientos, perjuicio concreto que se evidencia sin que sea necesario determinar si tal trastorno se produjo o no a consecuencia de la separación”.

Aquí apreciamos un criterio relevante tomado en cuenta, el cual es la dedicación pasada, presente y futura a los hijos comunes y al hogar. En el caso concreto, durante el matrimonio, durante la separación de hecho y previsiblemente luego del divorcio, la mujer deberá dedicar tiempo al hijo menor que sufre de autismo, al parecer en un alto grado. Esta situación no sólo ha impedido que la mujer se desarrolle profesionalmente (es abogada), sino que además es previsible que en el futuro deba seguir dedicándose al cuidado de su hijo, o buscar una actividad que le permita no descuidar a su hijo, limitando su campo laboral.

Otro criterio relevante que se extrae de este pasaje, es el hecho objetivo de la pérdida del seguro de salud, que le corresponde como derechohabiente de miembro de las fuerzas armadas, lo que sin duda contribuye a la inestabilidad económica del cónyuge más perjudicado.

Un segundo criterio que toma en cuenta la sala suprema es el siguiente:

“ii) Las posibilidades de la demandada de afrontar con éxito la vida de divorciada se verán afectadas debido a la enfermedad que ella padece, así como del cuidado permanente que debe proteger a su menor hijo”.

Correctamente se toma en cuenta el estado de salud de la cónyuge, quien está diagnosticada con trastorno bipolar. Ello puede que dificulte su reinserción laboral. Además, es importante que el trastorno de la cónyuge se valore con independencia de si es imputable o no al cónyuge menos perjudicado, sino en relación a su capacidad de reinserción a la vida económica.

Un tercer criterio, y aquí se empieza con los criterios imputables, determina que:

“iii) no debe perderse de vista el estatus social que detentaba la demandada como producto del matrimonio con el demandante (capitán de fragata), aun cuando se encontraba separada de aquel desde el año dos mil cinco, siendo que estas prerrogativas también

se perderán a consecuencia de la declaración de divorcio, creándose así un sentimiento de pérdida, angustia y depresión que debe ser compensando”.

Al igual que uno de los casos anteriores, se valora la pérdida de estatus social, que como lo dice el pasaje recién citado, puede generar los sentimientos que se indican (que están relacionados más al daño moral, entendido como se entiende en Perú), pero que no es resarcible ni indemnizable por el artículo 345-A, por cuanto no se encuentra alineado con la finalidad de velar por la estabilidad económica. Además de ello, intuimos un trasfondo clasista y machista en insistir en este criterio relacionado al estatus social. Si se indemniza por perder las prerrogativas de ser esposa de un oficial, nada limitaría para que se indemnice por dejar de ser esposa de un empresario medianamente exitoso o de un profesional relativamente reconocido.

Y, por último, se tiene como criterio, también de corte subjetivo, el siguiente:

iv) “se considera también que fue el demandante quien dejó la casa conyugal afirmando ya no amar más a su esposa, sustrayéndose de sus obligaciones de asistencia mutua y cohabitación e iniciando una relación sentimental con tercera persona con la que ha procreado inclusive una hija (...). Ciertamente la demandada, debido a la dedicación exclusiva al menor hijo de ambos, tiene limitadas posibilidades de rehacer su vida y formar un nuevo hogar para compensar la pérdida o resquebrajamiento del futuro común anhelado al lado de su esposo”.

Como se ha dicho, en el caso concreto estamos frente a un caso de separación de hecho, no de adulterio, no de abandono injustificado; en consecuencia, no procede resarcimiento por los hechos que dan lugar al divorcio, sino solamente una indemnización por inestabilidad económica, la cual no tiene fin resarcir daños sino indemnizar el hecho objetivo de la inestabilidad económica que sufre uno de los cónyuges tras la separación de hecho o divorcio. En ese contexto, no entendemos que tiene que ver cuál de los dos cónyuges abandono o cuál de los dos cónyuges rehízo su vida, ello pudo ser alegado por la causal de abandono o por la causal de adulterio.

Recientemente (30 de junio del 2015), se ha publicado la ejecutoria suprema Cas. N° 3839-2013 Lambayeque, en cuyo considerando duodécimo convalida el raciocinio de la sala superior, en la cual concurren criterios objetivos y subjetivos. En efecto, señala que

“en virtud a la valoración conjunta y razonada de las pruebas, han podido establecer que en este caso el cónyuge más perjudicado con el divorcio es la demandada, en tanto la ruptura del vínculo conyugal fue producto del abandono por parte de su esposo el demandante a los pocos años de celebrado el matrimonio, quedando sola la demandada al cuidado de sus dos hijos menores de edad, situación que evidentemente demandó mayores esfuerzos

a la recurrente; aunado a ello el hecho de que dicha separación se debió a la infidelidad del actor, tal como se evidencia de la partida de nacimiento obrante a fojas veinticinco; asimismo, también se tuvo en cuenta que la emplazada muchos años después de la separación inició una nueva relación sentimental, llegando incluso a procrear una hija; por tal razón, el monto de la indemnización es fijado prudencialmente en la suma de dos mil nuevos soles, no constituyendo por tanto una infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil, como erróneamente señala la recurrente, pues los juzgadores de mérito han cumplido con la obligación legal de fijar una indemnización a favor del cónyuge más perjudicado, conforme así lo ordena el precitado artículo 345-A y atendiendo a las circunstancias del caso concreto”.

Correctamente, se analiza el hecho que la demandada quedó sola al cuidado de los hijos, con lo que se debe inferir que tuvo que postergar sus actividades laborales; sin embargo, a fin de justificar la indemnización se analizan otras circunstancias que nada tienen que ver con el equilibrio económico. Así se indica que el demandante fue quien abandonó la familia, además que el demandante fue infiel y, además, a modo de morigerar la indemnización, sin desaparecerla, se indica que muchos años después la demandada recién tuvo una nueva relación sentimental, e incluso tuvo una hija con su nueva pareja. Una vez más se aprecia que terminan sobrando circunstancias en el análisis que hacen los tribunales para el otorgamiento de la indemnización contemplada en el artículo 345-A del Código Civil. Y no sólo sobran circunstancias, sino que también hacen falta. Así, por ejemplo, se debió analizar la situación económica de los cónyuges, el hecho de que hayan o no adquirido bienes sociales, la situación de que los cónyuges tengan una unión de hecho impropia, no para valorar la infidelidad, sino puesto que una unión estable puede que haya ayudado a superar la inestabilidad económica.

Luego de este breve examen de la jurisprudencia post-pleno, verificamos que existe una suerte de confluencia de criterios de orden objetivo, como lo son la edad, la salud, la capacitación para el trabajo, la actual situación laboral de los cónyuges, etc., con criterio de orden subjetivo o culpabilístico, como lo son quien dio motivos para la separación, quien abandonó la casa conyugal, la infidelidad o el adulterio, existencia de hijos extramatrimoniales, enfermedades imputables al otro cónyuge, etc.

Sin duda, con respecto a la etapa pre-pleno, la jurisprudencia ha avanzado un poco, pero aún queda camino por andar.

4. Criterios para determinar el desequilibrio económico e identificar al cónyuge más perjudicado económico en sentencias extranjeras

En países como Francia, España o Chile de quienes ya hemos citado textualmente su derecho positivo en el capítulo precedente, se establece en la norma respectiva una serie de directrices o criterios que permiten determinar la existencia o no del desequilibrio económico y, en consecuencia, determinar al cónyuge perjudicado por el mismo. La carencia de estos criterios en el derecho positivo de nuestro país también la hemos anotado en la parte final del capítulo

precedente, lo que ha llevado a que la jurisprudencia, junto a la doctrina, se tenga que hacer su camino. En este camino se ha dado la circunstancia que en el Perú para determinar el desequilibrio económico y al cónyuge más perjudicado confluyan criterios de índole objetivo e, incoherente con su fin, criterios de índole subjetivo o culpabilístico.

En ese contexto, resta apreciar cual es el tratamiento en la jurisprudencia extranjera de casos en los cuales se tiene que analizar el desequilibrio económico o la inestabilidad económica o disparidad en las condiciones de vida entre los cónyuges. A modo de ejemplo tomemos las siguientes sentencias:

En sentencia N° 14/00428 emitida por la corte de apelaciones de Limoges (Francia) el 18 de marzo del 2015 se le concede a la mujer una prestación compensatoria de 150 mil euros en razón de lo siguiente:

- a) El cónyuge tiene 61 años; la mujer, 52
- b) El matrimonio ha durado 22 años
- c) Son padres de 03 niños, de los cuales 02 son menores de edad
- d) Él es médico oftalmólogo, se desempeña en el sector público, en el 2011 sus ingresos fueron de 214.384 euros.
- e) Ella es doctora en medicina general, ha seguido estudios de oftalmología en la universidad de BLIDA. Después del nacimiento de los hijos de la pareja, se ha instalado en Francia con su esposo y se ha consagrado a la educación de los tres hijos.
- f) Ella ha seguido estudios de enfermería en psiquiatría y se ha beneficiado de un contrato con un centro hospitalaria entre marzo del 1999 y setiembre del 2001.
- g) Al finalizar su permiso por maternidad, le fue diagnosticado cáncer colorrectal curado por intervención quirúrgica, radioterapia y quimioterapia. Que dichas complicaciones no han permitido retomar la actividad profesional sino hasta 2006.
- h) Se aprecia que la intimada no pudo ejercer su profesión primero 09 años (debido a la crianza de los hijos) y luego 05 años más (debido a la enfermedad), ello ha llevado a que no pueda aportar como era debido para obtener una pensión de jubilación.
- i) En el 2013, ella ha recibido como ingresos la suma de 52.295 euros

Como se aprecia se valora la edad de los cónyuges, la duración del matrimonio, la cantidad de hijos, la capacitación de cada uno de los cónyuges y la actividad laboral actual, las decisiones tomadas en razón del matrimonio o la familia (en este caso, dedicarse a la educación de los hijos), el estado de salud, la situación en cuenta a seguridad social (pensión de jubilación), y los ingresos de las partes. En ninguno de los criterios se observa reproche alguno al otro cónyuge, sino simplemente todos criterios de orden objetivo que permiten determinar cuál de los dos cónyuges ha sufrido un desequilibrio económico que no le va a permitir hacer frente adecuadamente a su vida de divorciado.

La corte de apelación de Bastia, mediante sentencia del 9 de marzo del 2016, analizó los siguientes criterios:

- a) La cónyuge ha dejado su país de origen con el fin de casarse con su marido y ha residido en Francia desde entonces.
- b) El matrimonio ha durado 10 años.
- c) La mujer tiene 33 años, el marido 51 años.
- d) La mujer es conserje en una casa de reposo y no tiene patrimonio.
- e) El marido tiene una propiedad, a través de una sociedad civil inmobiliaria, en la cual ha construido un hospedaje, el cual es explotado a través de una sociedad de responsabilidad limitada, de la cual él es el gerente.
- f) De igual forma, el marido es copropietario de una casa de campo en Ciamanacce y participa de la explotación de una propiedad familiar dedicada al cultivo de manzanas.
- g) Los esposos han estado casados bajo el régimen de la separación de patrimonios.

En ese sentido, la corte de apelaciones, concede en favor de la mujer, la suma de 30,000.00 euros.

Se aprecian los criterios objetivos. Es relevante determinar que la mujer hizo un sacrificio en razón del matrimonio, probablemente postergando proyectos, para casarse a los 23 años, dejando su país de origen para ir a vivir a Francia al lado de su marido. Ahora bien, durante la vigencia del matrimonio, es seguro que la mujer ha gozado de la protección y de la manutención del marido, que por sus negocios aparenta tener una posición acomodada; sin embargo, luego de acaecida la separación se ha visto forzada a trabajar como conserje. A los 33 años, si bien aún es joven, de todas formas, resultarán comprometidas sus expectativas de mejorar su estatus laboral, por la falta de capacitación (es conserje) y por la falta de experiencia en otras actividades. En ese sentido, es correcto que se le asigne a la cónyuge una prestación compensatoria por haber sufrido desequilibrio en su forma de vida.

Aunque escuetos, en la Corte de Casación francesa también han habido pronunciamientos en torno al asunto. Tenemos la sentencia N° 1050 del 24 de setiembre del 2014, de la primera cámara civil de la corte de casación francesa, la cual señala que la prestación compensatoria solo puede ser asignada a favor de uno de los cónyuges cuando la disparidad de las condiciones de vida se debe a la ruptura del matrimonio; en ese entendido, deniega el recurso de casación interpuesto por la mujer en contra de la sentencia de segundo grado que, a su vez, deniega la prestación compensatoria indicando que, en el caso concreto, los cónyuges se encuentran separados hace veinte años, además que durante dicho tiempo de separación liquidaron el régimen de sociedad de gananciales y lo sustituyeron por un régimen de separación de patrimonios, liquidado el régimen de sociedad de gananciales cada uno ha desarrollado independientemente su actividad profesional en el campo de los bienes raíces, sin que la esposa durante todo ese tiempo haya demandado contribución a las cargas del matrimonio ni por pensión alimenticia, por lo que ha quedado claramente señalado que la disparidad en las condiciones de vida entre las partes no ha sido resultado de la ruptura del matrimonio.

En el caso analizado consideramos razonable que se deniegue la prestación compensatoria en tanto que habiendo transcurrido tantos años de separación de hecho y habiendo cada quien desarrollado su propia economía, independiente de la que se tenía mientras duró la convivencia, el desequilibrio en las condiciones de

vida entre los cónyuges no puede ser atribuido a la ruptura del matrimonio, sino al desempeño personal que cada cónyuge ha tomado durante los largos veinte años de separación. Dicha decisión se ve reforzada con el hecho que ninguno de los cónyuges se ha visto forzado a refugiarse en el estatuto protector del matrimonio solicitando alimentos, por lo que la desaparición del dicho estatuto no generará perjuicio o desamparo en ninguno de los cónyuges.

En cuanto, a Chile, mediante sentencia de reemplazo dictada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de ese sureño país, de fecha 04 de agosto del 2008, y recaída en el rol N° 3.120-08 se establece que:

“se encuentra probado en autos que doña María Adriana T. P. se dedicó al cuidado de los hijos comunes, en especial, del menor que padecía de esquizofrenia el que falleció, y que producto de esto no pudo trabajar en forma remunerada, en los términos que podría haberlo hecho de no mediar estas circunstancias, lo que revela que ella sufrió detrimento o perjuicio económico, debido a la situación antes descrita, lo que debe ser reparado mediante el otorgamiento de la correspondiente compensación económica a que se refiere la disposición anteriormente citada, la que tiene por objeto el resarcimiento de los perjuicios de este orden y no de otra índole, según la propia ley lo señala”.

Se fija una compensación económica de 50 millones de pesos (unos S/. 250,000.00 nuevos soles) pagaderos en cuotas mensuales de 500 mil cada una (unos S/. 2,500.00).

Se observa cómo se valora básicamente el hecho de que la cónyuge a raíz de su dedicación a la familia no pudo desarrollar actividad remunerada por la dinámica propia de la familia, con todos los perjuicios que ello involucra. Además, es de resaltar la precisión a la que hace referencia la sala suprema chilena en el sentido que la compensación económica tiene como fin resarcir este tipo de perjuicios (perjuicios económicos producido por las circunstancias en que se desarrolló el matrimonio) y no de otra índole.

En otra sentencia la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, reflejando lo dispuesto por la ley del matrimonio civil, coloca en el epicentro de la compensación económica, como criterio o supuesto indispensable para identificar al cónyuge perjudicado, el menoscabo económico. En efecto, mediante sentencia de reemplazo recaída en el rol N° 6.367-09, en su tercer considerando establece que “fluye como requisito esencial para la procedencia de la compensación económica la existencia de menoscabo en el cónyuge que la solicita, constituyendo éste un presupuesto básico de la acción”. Es decir, para que se identifique a uno de los cónyuges como acreedor de la compensación económica el criterio básico es el que éste haya sufrido un menoscabo económico.

En la misma sentencia de reemplazo, en el considerando cuarto se intenta una definición del indicado menoscabo, en base a una interpretación sistemática:

“Que, si bien la ley no define a dicho elemento, la interpretación armónica de los artículos de la Ley 19.947 que reglamentan la

institución en estudio, permite concluir que se trata del efecto patrimonial que se produce en aquél cónyuge que no pudo trabajar o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, por dedicarse a la familia. El menoscabo así, aparece ligado al empobrecimiento de uno de los cónyuges producto de las circunstancias antes descritas y que se manifiesta al concluir el vínculo matrimonial y se traduce en la disparidad económica de éstos y en la carencia de medios del cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada. De allí entonces que la reparación que se impone por la ley busca corregir este desequilibrio entre las partes, a fin de que las mismas puedan enfrentar individualmente el futuro, protegiéndose de esta manera a la que ha tenido la condición de más débil.

Lo anterior, encuentra justificación en que precisamente al producirse el término del vínculo matrimonial que unía a las partes, deja de tener causa tal detrimento, el que durante la vigencia del mismo se veía compensado con las obligaciones y deberes que la ley establece para la institución del matrimonio, como el deber de asistencia y socorro que existe entre los cónyuges del que derivan entre otras, la obligación de proporcionar alimentos”.

En lo recién citado queda patente aquello a lo que hemos hecho referencia anteriormente: la compensación económica o indemnización por desequilibrio económico o por inestabilidad económica, o como quiera que se le llame, tiene razón en tanto y en cuanto se extingan los deberes de socorro que son propios del matrimonio, al desaparecer este deber de socorro recién se generan obligaciones postmatrimoniales con el objeto de permitir al cónyuge más perjudicado poder hacer frente a su vida después del matrimonio. Recién con la desaparición de los deberes de socorro propios del matrimonio se podrá apreciar el menoscabo económico puesto que, de no desaparecer el estatuto protector del matrimonio, por ejemplo, con la prolongación de la obligación alimenticia, entonces nada se modificaría entre los cónyuges no habiendo lugar al menoscabo y, por tanto, tampoco lugar para la compensación económica.

En el caso concreto de la sentencia que venimos analizando, se determinó que

“ha resultado acreditado que doña Ana Haydee Ordoñez Carvallo, se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar durante el matrimonio, lo que determinó que la misma, no hubiese podido desempeñar una actividad lucrativa o remunerada, detentando en la actualidad, la condición de parte más débil de la relación matrimonial, no contando con posibilidades reales de poder acceder al mercado laboral, en condiciones que le permitan su sustento, atendida su situación y condiciones personales, siendo su principal ingreso la pensión alimenticia que el actor le ha otorgado, la que concluirá por la declaración del divorcio del matrimonio”.

Como se desprende de lo recién citado, la Corte Suprema chilena valora el hecho que la cónyuge se dedicó a los hijos y al hogar, su imposibilidad de

desarrollar un oficio o profesión por dicha causa y, en consecuencia, su imposibilidad de incorporarse, luego del matrimonio, al mercado laboral y el hecho de que sea dependiente económicamente de su marido, al recibir una pensión alimenticia, todos ellos indicadores de que es el cónyuge débil o perjudicado. De igual forma, es necesario señalar que en el sétimo considerando también se valora la salud de la cónyuge que ha quedado acreditado con certificados médicos que dan cuenta de depresión crónica irreversible y de operación cardiovascular, a ello se agrega que la cónyuge tiene deudas en entidades bancarias. Hay que hacer la precisión que, a diferencia de lo que hemos podido observar en las resoluciones nacionales, el estado de salud del cónyuge más débil se valora, pero no para imputar responsabilidad al otro cónyuge por el estado de salud (como podría pasar en el caso de la depresión que podría alegarse- como se hace en el Perú- que fue ocasionada por el abandono), sino para determinar si dicho estado de salud será o no un impedimento para la reinserción en la vida laboral o lucrativa.

En la sentencia que venimos comentando, y en virtud de todos los antedichos criterios, se fija una compensación económica de “doscientos dieciséis (216) ingresos mínimos mensuales remuneracionales, que se pagarán en sesenta cuotas mensuales iguales y sucesivas de 3,6 (tres punto seis) de los referidos ingresos, dentro de los diez primeros días de cada mes”.

En Chile también, se ha valorado, además de haberse dedicado al cuidado de los hijos comunes, el no haber podido desarrollar actividad económica por haber ido al extranjero con su cónyuge por razones laborales y profesionales de éste último. (Sentencia de reemplazo del 12 de noviembre del 2009 recaída en el rol N° 7.033-9). Se ha tomado como criterios para conceder la compensación económica por desequilibrio económico la edad de la beneficiada (68 años) y el hecho que tiene como único ingreso la pensión alimenticia por extinguirse con el divorcio (55.362 pesos), sumado a que el esposo contaba con una renta vitalicia de 309.750 pesos mensuales. (Sentencia de reemplazo del 20 de diciembre del 2006 recaída en el Rol N° 3.495-06)

Por otro lado, en Chile, todavía, se ha excluido explícitamente por la jurisprudencia como exigencia para acceder a la compensación económica la necesidad de acreditar que la dedicación al hogar o los hijos comunes se debió a la imposición del otro cónyuge. Así lo hace en sentencia recaída en el rol N° 2.318-08 que anula las instancias de mérito indicando que

“se estima [en el fallo de segunda instancia] que no se probó por la actora que el hecho que ella no ejecutara una actividad remunerada o lo hubiese hecho en menor medida de lo que quería o podía, hubiese sido una consecuencia de habérselo impedido su cónyuge. En efecto, esta última circunstancia, es excluida como exigencia legal, en el párrafo segundo del considerando vigésimo quinto del fallo de primer grado, de manera tal que los fundamentos y razonamientos referidos a los requisitos de procedencia de la institución de la compensación económica, resultan totalmente contradictorios”

Y más tarde reitera que

“cabe tener presente que, no obstante, las motivaciones o circunstancias que hicieron que la cónyuge se dedicara al cuidado de los hijos comunes, ello ha implicado que, en la especie, la actora, no hubiese podido desempeñar una actividad lucrativa o remunerada, en los términos y condiciones que podría haberlo hecho, sobre todo en una época anterior, en la que contaba con mejores expectativas”.

Es decir que para la normativa chilena resulta irrelevante si es que el hecho de haberse dedicado al hogar o a los hijos comunes o ambos viene determinado por propia voluntad, por imposición del otro cónyuge o por otras circunstancias, con lo que se da un carácter objetivo al nacimiento de los hechos que van a determinar la asignación de la compensación económica, sin entrar en detalles de culpa.

Al igual que en Francia, país del cual se nutre, en Chile también se siguen criterios de orden objetivo o sin culpa. Se entra a valorar cómo ha sido la distribución de roles dentro del matrimonio, independientemente de las razones por las cuales fue adoptado un determinado rol. Además, se tiene en cuenta la edad, los ingresos de los cónyuges, la salud, entre otros criterios.

Con respecto a España, en una sentencia del 26 de abril del 2012 expedida por Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Gijón y recaída en autos N° 50/2012 se dispone que no procede la pensión compensatoria por los siguientes fundamentos:

- a) La convivencia conyugal ha durado desde 1985 hasta la fecha; sin que durante ese tiempo se haya acreditado que ha sido la única que se ha dedicado al cuidado de la casa y de la familia;
- b) Ambos cónyuges han trabajado siempre como funcionarios;
- c) Los ingresos de Gloria, computando pagos extras se sitúan en unos 1.900 euros al mes y los de Camilo en unos 3.000 euros.
- d) El patrimonio de Gloria está constituido por la vivienda sita en [no se indica], más el trastero y plaza de garaje que le son anexos, el vehículo Peugeot 206XRD y su participación en una imposición a plazo fijo de 20.000 euros y acciones por el valor de 10.000 euros. Por su parte Camilo tiene esa misma participación en el plazo fijo y las acciones, una embarcación, el vehículo Volkswagen California y una finca rústica en Carreño Villaviciosa. De lo cual se deduce que el patrimonio de ella es superior al de él.
- e) Con sus ingresos Gloria hace frente a los gastos del inmueble que ocupa (comunidad, derramas y suministros); siendo relevante valorar que vive con ella su hijo mayor de edad, que trabaja y tiene ingresos mensuales de unos 1.000 euros, pero que no contribuye a esos gastos, por propia voluntad de la madre, que quiere que su hijo ahorre. Liberalidad que se debe valorar, pero de la cual no puede hacerse partícipe a Camilo a la fuerza mediante el pago de una pensión compensatoria. Por el contrario, Camilo con sus ingresos tiene que abonar el alquiler de su vivienda, 500 euros al mes, y el alquiler de la plaza de garaje, 111 euros al mes, más los gastos de dicha vivienda, a los que debe hacer frente él solo. Por lo tanto, el líquido disponible por cada cónyuge se diferencia en unos 400 euros como mucho. Por lo que, si se fija una pensión compensatoria a favor de

Gloria, estaríamos equiparando los ingresos disponibles de ambos cónyuges.

- f) Pese a la reclamación y alegaciones de Gloria, no se ha acreditado en modo alguno, a que ha tenido que renunciar en cuanto a su nivel de vida.

Podemos ver que se toma en cuenta la duración del matrimonio, el hecho que no se haya probado que sea la esposa quien se ha dedicado exclusivamente al hogar, la situación laboral de ambos, los ingresos económicos, el patrimonio de cada uno de los cónyuges, la circunstancia que la mujer viva con un hijo mayor de edad con ingresos económicos, elementos objetivos que tienen como fin analizar la situación económica de los cónyuges, sus niveles de vida, y no analizar quien tuvo la culpa en el divorcio.

Por su parte, también en España, la Audiencia Provincial de Barcelona, instancia de segundo grado, en aplicación del Código Civil de Cataluña, en sentencia 862/2015, del 17 de diciembre del 2015, ha establecido, que en el caso concreto que resuelve la sentencia,

“consta que la esposa tiene 46 años, sin problemas de salud y no ha trabajado fuera del hogar durante el matrimonio; según el informe de vida laboral, tuvo continuidad laboral desde 1998 hasta 2001 en diversas empresas, lo que le aporta experiencia y habilidades para intentar incorporarse de nuevo al mercado laboral, pero lo cierto es que constante matrimonio se dedicó a la familia, que se sostenía sólo de los ingresos del esposo, que superan los 2000 € mensuales, mientras que al tiempo del cese de la convivencia la esposa sólo percibía un subsidio de 426 €, lo que le limita mucho su propia subsistencia. Ante esta situación económica y teniendo en cuenta que la duración efectiva del matrimonio ha sido de poco menos de 8 años, la Sra. Milagrosa sí es acreedora de la prestación compensatoria en la cuantía solicitada de 250 € mensuales, pero sólo durante el periodo de un año, tiempo que le debe permitir acceder al mercado laboral”.

Nuevamente, se aprecia que se valora la edad, el estado de salud, y principalmente el hecho de no haber desarrollado actividad económica durante el matrimonio por haberse dedicado a la familia, salvo en el periodo comprendido entre 1998 y 2001. También se toma en cuenta el hecho de la duración del matrimonio, que tuvo una duración relativamente corta de 8 años. Lo que es de resaltar es que la cuantía es fijada en función de la posibilidad de la solicitante de reincorporarse al mercado laboral, por lo que el monto se regula en 250 €, pero sólo por el término de un año, lo que equivale a 3,000 €, aproximadamente S/ 12,000.00. La mayor dificultad de reinserción al mercado laboral o la vida lucrativa va a influir en la cuantía de la indemnización por inestabilidad económica, dado que a mayor dificultad debería corresponder una mayor indemnización y viceversa. Un cónyuge más débil con cierta experiencia laboral y con formación para el trabajo tendrá menos dificultades para conseguir un empleo y, por tanto, requerirá menor tiempo y menor capital para logra el objetivo de reinsertarse.

También en España, la Audiencia Provincial de Pamplona, en sentencia 167/2014 de fecha 30 de junio del 2014, se tomó en consideración para fijar una

pensión compensatoria de 250€ al mes hasta que la cónyuge cumpla 65 años, luego de los cuales cobrará una pensión de jubilación, lo siguiente:

- 1º. El matrimonio tuvo una duración de 35 años;
- 2º De dicho matrimonio nacieron dos hijos, los dos mayores de edad, con vida independiente.
- 3º “La estructura familiar obedece al esquema imperante en los años en que la misma se constituyó y posteriores, esto es, ambos cónyuges trabajaban, pero la Sra. Ariadna hubo de acomodar su horario laboral para compatibilizarlo con la atención a su familia y trabajo en casa, habiendo permanecido temporalmente durante la minoría de edad de sus hijos sin actividad laboral como se desprende del documento nº 12 obrante al folio 49 de las actuaciones, habiendo asumido básicamente la carga de la gestión familiar”.
- 4º. “La Sra. Ariadna que contaba con 55 años de edad al dictarse la sentencia apelada, no obstante lo anterior, ha trabajado cerca de 27 años, decidió voluntariamente no seguir trabajando, habiéndose acogido al subsidio de desempleo para mayores de 52 años, en mayo de 2011 con duración hasta su jubilación y dedicarse al cuidado de su madre”.
- 5º. “De lo actuado parece deducirse que el régimen de bienes del matrimonio era el de sociedad de conquistas”

Y concluye diciendo la audiencia provincial de Pamplona que

“es claro que, en el caso enjuiciado, a la vista de la prueba practicada, y en razón de la dedicación a la familia con consecutiva necesidad de acomodación de horarios laborales a la atención familiar mencionada e incluso en razón del cese de actividades laborales durante los años 1978 y 1985 para atender a los hijos del matrimonio nacidos en 1978 y 1982, cabe apreciar la existencia de desequilibrio determinante del derecho a la pensión compensatoria, pues indudablemente las circunstancias expuestas han mermado las expectativas laborales y de promoción profesional de la Sra. Ariadna , luego en este punto hemos de confirmar la sentencia recurrida”.

Una vez más, resulta siendo determinante para el otorgamiento de la pensión compensatoria la dedicación a la familia, a la crianza de los hijos o a la “gestión familiar”, ya que eso tuvo repercusión en la dedicación al trabajo remunerado, y esto, a su vez, en las aportaciones previsionales, lo que genera un perjuicio, en tanto que su pensión de jubilación se verá menguada. Sin embargo, no basta ello, hubiese sido importante que la audiencia provincial analice la situación del cónyuge de la señora Ariadna, dado que sólo así se puede determinar la existencia del desequilibrio entre los cónyuges y, por tanto, la procedencia de la indemnización estudiada.

Resulta interesante también leer las consideraciones de la Audiencia Provincial de Barcelona, dado que no falla en conforme al Código Civil español, sino al Código Civil de Cataluña, el cual, en su artículo 233-14 numeral 1, establece que

“el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación económica que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario”

Por su parte, el artículo 233-15 regula los criterios que deberá tomar en cuenta el juez: la posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial; la realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos; las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes; la duración de la convivencia; los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.

Dentro de ese esquema normativo, mediante sentencia 147/16, la Audiencia Provincial de Barcelona falló otorgando una prestación compensatoria de € 800 por tres años en favor de la Sra. Valetina, además de una compensación por el trabajo de € 21,000, tomando en consideración los siguientes hechos relevantes:

1. El matrimonio entre el Sr. Jaime y la Sra. Valentina se contrajo el 9 de julio de 1982 por lo que, al tiempo de presentación de la demanda, el 8 de noviembre de 2012, había durado 30 años.
2. Los litigantes tienen un hijo mayor de edad e independiente económicamente.
3. Ambos litigantes carecían de patrimonio cuando se casaron. En 1984 la Sra. Valentina recibió gratuitamente de su padre una vivienda en Vilassar en la que se establecieron durante unos años.
4. Al tiempo del divorcio, la Sra. Valentina era titular del 50% de la vivienda familiar, sita en Vilassar, cuyo valor catastral era de 216.892,30 € (folio 654), de un plan de pensiones en Bansabadell con unos derechos consolidados de 9607,07 € y otros activos financieros, según resulta de la información de la AEAT, desconociéndose los importes de las inversiones y los saldos de las cuentas, y era cotitular de la cuenta bancaria en Banco Sabadell, que a fecha de interposición de la demanda tenía un saldo de 16.594,70 € y de la cuenta también en Banco de Sabadell con un saldo de 7,67 €. Asimismo percibía la renta del piso de [no indica dirección], de 430 € mensuales y tenía trabajo como monitora de comedor en la EB Cabrils, mediante un contrato de 10,75 horas semanales, percibiendo unos 430 € al mes.
5. El Sr. Jaime era titular del 50% de la vivienda familiar, sita en Vilassar, cuyo valor catastral era de 216.892,30 €, es titular del 51% de la sociedad Plantas Vega S.L., de la que es administrador y de la que percibe un salario durante 2012, de 15538,20 €, es titular del 50% de una finca rústica en Vilassar inscrita en el Registro de la Propiedad nº 3 de Mataró, tasada para este procedimiento en 53291,08 €, es titular de varios vehículos de los que sólo han podido valorarse, dada su antigüedad, un turismo AUDI 100 por

270 € y una motocicleta Harley Davidson por 1900 €, es titular de un piso en Castelldefels, adquirido mediante escritura pública de 25 de septiembre de 2012 por 145.000 €, de los cuales 98210 € se financian mediante préstamo hipotecario, es titular de un plan de pensiones en BanSabadell con los mismos derechos consolidados que la Sra. Valentina, es decir, 9607,07 €; es cotitular de la cuenta bancaria en Banco Sabadell, que a fecha de interposición de la demanda tenía un saldo de 16.594,70 € y era titular de una cuenta en Bankia con un saldo de 9257,36 € y de otra cuenta en esta misma entidad con un saldo de 54,93 €, de un depósito de valores en Banco de Sabadell por valor de 2040 €; de un depósito de valores por valor de 2567 € y de una cuenta en Banco de Sabadell, aperturada el 3 de septiembre de 2012, con un saldo de 8237,67 €.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en la especie, consideró que, dados los indicados hechos, era evidente el perjuicio de la Sra. Valentina

“El perjuicio en este caso es claro porque los ingresos de la Sra. Valentina no alcanzan los 800 € al mes, computado su salario y la renta del piso que tiene alquilado, mientras que los ingresos del Sr. Jaime son superiores, además de que ciertos gastos particulares también van a cargo de la empresa y que el matrimonio duró 30 años habiendo estado dedicada a la familia, lo que le ha limitado su proyección laboral externa. Pero también debe tenerse en cuenta que la Sra. Valentina se queda en el uso de la vivienda familiar hasta su venta y cuando ello se produzca recuperará un capital en dinero, de cierta importancia, dado que el valor catastral de la finca, que siempre es muy inferior al del mercado, es de 216892,30 € (folio 654), más la mitad de los saldos de las cuentas comunes, la más operativa al tiempo de la presentación de la demanda lo tenía en 16.594,70 € (folio 513), más los bienes mobiliarios de su titularidad cuya cuantía no se ha probado en el procedimiento, más la compensación económica que aquí se le reconoce de casi 21.000 €. Igualmente debe tenerse en cuenta que la Sra. Valentina está incorporada al mundo laboral, aunque su dedicación es con un horario de sólo 10 hora semanales, y que tiene 50 años y no se le conocen problemas de salud, por lo que puede deducirse que existe posibilidad de incrementar sus propios ingresos en un cierto periodo de tiempo”.

La audiencia hace un análisis extenso de la situación económica de los cónyuges, valorando los ingresos que cada uno de ellos tiene, los bienes propios y comunes, si tienen hijos o no, el previsible futuro económico de los cónyuges, los beneficios que recibirán los cónyuges tras la liquidación de los bienes comunes y su posibilidad de reinserción en el ámbito laboral, por lo que resulta que la Audiencia considera que es posible la Sra. Valentina incrementar sus ingresos dentro de un periodo relativamente corto, por cuanto tiene experiencia en el trabajo, dando lugar a un pensión temporal y con un monto de € 800 que le permitirá a la Sra. Valentina construir una economía independiente a la del matrimonio.

Este breve repaso de sentencias extranjeras ha tenido como único fin mostrar cuál es la metodología que se sigue en esos países para determinar al cónyuge más perjudicado o para determinar la existencia de inestabilidad económica o no. Los

tres países coinciden, con sus matices, en excluir la culpa o el dolo en el análisis para conceder o no esta indemnización, en excluir cualquier causa imputable a uno u otro cónyuge. No se discute si tal o cual enfermedad han sido causadas por la separación, se verifica el estado de salud en aras de determinar si es posible o no la reinserción laboral. No se discute si el marido frustró el proyecto de vida de la mujer al abandonarla, simplemente se observa si es que uno de los cónyuges en razón de la vida familiar renunció a expectativas de desarrollo personal o profesional. No se valora la pérdida del estatus social; se valora la diferencia de patrimonios que puede existir entre cada uno de los cónyuges tras el divorcio.

5. Propuesta de criterios para determinar al cónyuge más perjudicado por la separación de hecho en el Perú

Luego de haber analizado cuáles han sido los criterios para determinar al cónyuge más perjudicado desde que se dio la ley que introdujo la separación de hecho en el Perú hasta la actualidad, luego de haber revisado qué criterios se utilizan en la experiencia comparada para determinar el desequilibrio económico e identificar al beneficiario de la indemnización, y atendiendo a la finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, indicada por el artículo 345-A del Código Civil, y a su naturaleza jurídica, consideramos que estos deben ser algunos de los criterios que deben de utilizar los órganos jurisdiccionales para determinar la existencia de inestabilidad económica luego de la separación y, en consecuencia, de un cónyuge más perjudicado.

Debemos advertir que muchos de los criterios están interrelacionados, por lo que, en la mayoría de casos, es probable que uno solo de dichos criterios no vaya a tener la virtualidad para determinar la existencia o no de la inestabilidad. Estos criterios que aquí esbozamos, en primer lugar, no son exhaustivos (la realidad es tan rica que no podríamos agotarla), pero sí puede servir de guía y, en segundo lugar, buscan recrear cómo fue que se desarrolló el matrimonio y como previsiblemente se desenvolverán los cónyuges tras el divorcio, todo ello desligado de la culpabilidad de uno de los cónyuges, criterio que, hasta hoy, en muchos casos, se sigue aplicando.

5.1 Patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio

Se trata de un criterio sumamente importante y principal para determinar si es que el divorcio o la separación de hecho va a ocasionar inestabilidad económica. La determinación del patrimonio de cada uno de los cónyuges tras el divorcio (considerando los gananciales que recibirán y los bienes propios) y la posterior comparación determinarán si es que existe una diferencia tangible entre los dos patrimonios y denotarán, en la mayoría de casos, la inestabilidad económica que sufrirá el cónyuge menos favorecido patrimonialmente. En efecto, si un cónyuge tiene varios bienes propios que generan renta, mientras que el otro sólo disfruta de un bien social, sin bienes propios, este último dejará de disfrutar de la renta de los bienes propios del otro, renta que, de conformidad con el artículo 310 de Código Civil, constituyen bien social.

En España, por ejemplo, la comparación de patrimonios tras la crisis matrimonial dará lugar al desequilibrio económico, objetivamente determinado. En efecto, en la obra de Varsi (2012:652), en colaboración con Ortiz Solé, refiriéndose al ordenamiento español, se indica que en la península “el segundo de los presupuestos de la compensación es el desequilibrio existente entre los patrimonios personales de cada uno de los dos cónyuges miembros de la pareja, a partir de la separación o divorcio”.

Para hacer la determinación y comparación de patrimonios se debe tener en cuenta que el patrimonio de cada cónyuge comprende todo bien que sea propio o que vaya a recibir como parte de la liquidación de la sociedad de gananciales. De igual forma, se deberán considerar los ingresos que tiene cada cónyuge tratando de determinar un monto promedio anual; los ingresos pueden estar constituidos por remuneraciones, por pensiones de jubilación, pero no por pensiones alimenticias aportada por el otro cónyuge, en tanto que, en principio, la pensión alimenticia mencionada debería extinguirse.

Este criterio nos permitirá determinar objetivamente el desequilibrio económico entre los cónyuges, al comparar los patrimonios e ingresos de ambos cónyuges. Sin embargo, esta sola constatación no permitirá la concesión de una indemnización, porque dicho desequilibrio o inestabilidad debe estar relacionado con las decisiones que se hayan tomado en razón del matrimonio. Es posible que dicha diferencia objetiva de ingresos o de patrimonio sea preexistente al matrimonio y, en consecuencia, que no se deba al matrimonio en sí; en ese caso, podrá excluirse la indemnización.

Por lo recién dicho, viene a colación la diferencia que existe en España entre la tesis objetiva y la tesis subjetiva para determinar la existencia o no de inestabilidad económica. En el Perú, dicha diferencia ha sido referenciada por el profesor Varsi (2014:15-17) indicando que, en el caso de la tesis objetiva,

“la función del juez para ver si procede o no la entrega de una pensión (compensación) quedará reducida a la mera comparación del patrimonio de uno y otro cónyuge, de forma que cuando el de uno de ellos fuera inferior al del otro e inferior a aquel del que podía disponer durante la vida matrimonial, entenderá que existe derecho a pensión a favor del perjudicado, sin tener en cuenta ninguna otras circunstancias”.

Y, en el caso de la tesis subjetiva, no sólo se tomaría en cuenta la diferencia de patrimonios, “sino otra serie de factores subjetivos, personales de los cónyuges y conformadores de la vida matrimonial”.

En España, la tesis que ha sido acogida mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia ha sido la tesis subjetiva, como lo da a conocer Belío (2013:74-78), en donde se cita la sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de enero de 2010 la cual indica que los criterios contenidos en el artículo 97.2 el Código Civil de dicho país “actúan como elementos integrantes del desequilibrio”. Precisamente, esos criterios contenidos en el artículo 97.2 del Código Civil ibérico son aquellos “factores subjetivos, personales de los cónyuges y conformadores de la vida

matrimonial” que refiere el profesor Varsi y a los cuales nos avocaremos en este capítulo.

En Francia, igualmente se opina en el sentido que la sola diferencia de salarios entre los cónyuges no concede automáticamente el derecho a recibir una prestación compensatoria. La diferencia de ingresos, criterio esencial, no es suficiente por sí mismo. (Daudé 2013). Se cita como ejemplo una sentencia de la primera sala civil de la corte de casación francesa (del 9 de diciembre del 2009 – N° 08-16.180) en la cual la prestación compensatoria es rechazada a pesar que los ingresos de los cónyuges eran dispares, puesto que dicha disparidad era anterior al matrimonio. El matrimonio había tenido una duración relativa, pero que no había tenido ninguna consecuencia sobre la situación patrimonial de los cónyuges ya que la mujer siempre había trabajado y se había beneficiado con ingresos propios.

Ahora bien, el hecho que se adopte una tesis u otra, no le resta a la importancia que tiene la comparación de patrimonios y de ingresos de los cónyuges que están por divorciarse, puesto que es el punto de inicio de todo; si es que no constatamos diferencias ostensibles entre el patrimonio y los ingresos de los cónyuges, no habrá ni siquiera que seguir adelante, no procederá indemnización alguna, puesto que no habrá inestabilidad económica, cada cónyuge podrá arreglárselas tras la crisis familiar.

5.1.1 Situación laboral de los cónyuges

Dentro de los ingresos de los cónyuges, se deberá verificar la actual situación laboral y salarial de los cónyuges. El hecho de que un cónyuge trabaje y el otro esté desempleado y dedicado a las actividades del hogar por un tiempo prolongado, nos mostraría cuál de los dos cónyuges puede ser el más perjudicado por la separación de hecho. Por otro lado, el hecho de que ambos cónyuges trabajen, pero uno trabaje a medio tiempo (con menor sueldo), por dedicarse a los hijos luego del colegio, y el otro a tiempo completo (con mayor sueldo), también nos podrá dar un indicio de quien será el cónyuge más perjudicado. Por su parte, si ambos cónyuges han laborado durante todo el matrimonio y su situación laboral actual es similar, es probable que tengamos que descartar alguna indemnización.

También es relevante valorar, en nuestro país, reino del subempleo y de la informalidad laboral, la estabilidad laboral de los cónyuges. Distinto es ser un trabajador en planillas con un contrato a plazo indeterminado que ser trabajador independiente o con recibos por honorarios o en algún contrato sujeto a modalidad o a régimen laboral especial, puesto que dichos ingresos de la noche a la mañana se pueden acabar, sin compensación por tiempos de servicios e incluso, a veces, sin certificado de trabajo.

5.1.2 Régimen patrimonial dentro del matrimonio

Para establecer el patrimonio de los cónyuges, será importante tener en cuenta cuál ha sido el régimen patrimonial dentro del matrimonio. Es probable que dentro de un régimen de separación de patrimonios se genere

una mayor inestabilidad que en un régimen de sociedad de gananciales. Como lo ha establecido jurisprudencia española, en sentencia del tribunal supremo del 19 de enero de 2010, el régimen patrimonial de gananciales “ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos” (Belío 2013:108).

La relación que tiene este criterio con la procedencia de la indemnización estudiada ha sido materia de discusión en la doctrina chilena; así Barcia y Riveros (2011:268-269) señalan que, con respecto a este criterio,

“la doctrina está dividida en torno a si procede la compensación económica en caso que haya gananciales que repartir entre los cónyuges, como sucede en los regímenes de sociedad conyugal y participación en los gananciales. En resumen, existen a lo menos tres posiciones. Para la mayoría de los autores esta figura es independiente del régimen patrimonial del matrimonio; en cambio para otros autores la compensación económica no procede de haber sociedad conyugal o participación en los gananciales. Pero también hay una tercera postura por la cual el juez debe evaluar si el monto a entregar por los gananciales, en atención a las reglas que regulan la compensación económica, la excluye”.

Los autores citados toman posición indicando que “en caso de existir gananciales el juez está obligado a compensar los patrimonios entre los cónyuges, tomándolos en cuenta, lo que deja poco margen para que opere la compensación económica, ya que el beneficio de lo obtenido durante el matrimonio se repartirá en los gananciales”.

Por su parte Corral (2007) opina que

“está claro que la compensación no puede agotar su cuantía en la participación del cónyuge débil en los gananciales generados por el régimen patrimonial. Una parte de los perjuicios sufridos por el cónyuge demandado podrá verse compensado con esta participación, pero no todos. Los gananciales puede compensar el apoyo del cónyuge que se dedica al hogar al que trabaja en la adquisición de bienes comunes (en ese sentido pueden compensar la falta de ingresos por no haber tenido una actividad lucrativa propia). Pero el costo de la oportunidad laboral, la pérdida del derecho de alimentos, del sistema de salud, de una pensión de sobrevivencia, no quedarán suficientemente compensados por la distribución de los gananciales, por lo que deberán computarse aparte”.

Este criterio será relevante en tanto y en cuanto existan bienes de cierta entidad, ya que, de esa forma, con sus gananciales el cónyuge débil puede sobrellevar la inestabilidad económica o, incluso, es probable que dicha inestabilidad no aparezca.

En el caso de la separación de patrimonios, las transferencias económicas equilibradoras, que son naturales dentro de la sociedad de gananciales, no tienen lugar. Por lo que, el régimen de separación de

patrimonios, aunado con algún otro criterio, como, por ejemplo, el referido a la dedicación a la familia y a los hijos comunes, puede determinar la concesión de la indemnización. Incluso, para estos casos, en la experiencia española se ha fijado una indemnización especial; así, el artículo 1438 del Código Civil, establece que “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”, lo que se conoce como compensación por el trabajo en el hogar.

Cuestión a parte resultan ser situaciones patológicas dentro del régimen de sociedad de gananciales, tales como la disposición del bien social por uno sólo de los cónyuges. Esta situación se configura cuando los cónyuges aparecen como solteros en sus documentos de identidad y, aprovechando dicha circunstancia, uno de ellos adquiere un bien única y exclusivamente a su nombre, cuando en realidad correspondía que la sociedad conyugal asumiera la titularidad del bien. En ese sentido, aprovechando en muchos casos la publicidad registral y la información desactualizada del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), el bien que legalmente le pertenece a la sociedad de gananciales, pero que registralmente es de titularidad de uno de los cónyuges “solteros”, es vendido por este cónyuge a un tercero. Estas situaciones y sus efectos jurídicos vienen siendo discutidas por la doctrina y la jurisprudencia, es más, la corte suprema de la República ha convocado un pleno de sus salas civiles con el fin de dilucidar y sentar doctrina jurisprudencial vinculante en torno a la nulidad o ineficacia de los actos de disposición de bienes sociales ejecutados por uno de los cónyuges, con exclusión del otro, todo ello en el marco de la casación N° 3006-2015 Junín. Con respecto a nuestro tema, podemos señalar que en caso que se den estas situaciones patológicas de disposición de bienes sociales, habrá que tomarlas en cuenta, dado que, si bien en principio las transferencias equilibradoras en la sociedad de gananciales son la regla, en caso que se presenten situaciones irregulares como las descritas en este párrafo, es posible que los beneficios de la sociedad de gananciales no hayan alcanzado al cónyuge más débil.

5.2 Decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos

El artículo 61 de la ley de matrimonio civil chilena reserva un lugar especial para este criterio, puesto que indica que se compensará económicamente cuando uno de los cónyuges no pudo desarrollar actividad lucrativa durante el matrimonio en la medida que podía o quería, siempre que ello sea “consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”.

El artículo 271 del Código Civil francés prevé este criterio al señalar que debe tenerse presente las consecuencias de las decisiones profesionales hechas por uno de los esposos durante la vida en común por la educación de los hijos y el tiempo que todavía hará falta dedicar o para favorecer la carrera de su cónyuge en detrimento de la propia.

Con respecto a ello, se ha indicado (Piwnica 2013:14) que el balance de la prestación compensatoria se inclinará a favor de aquel cónyuge que ha sacrificado su vida profesional o, por lo menos, ha ralentizado su carrera, aquel que ha seguido a su cónyuge a voluntad de sus cambios, o incluso aquel que ha renunciado a sus ambiciones para quedarse en casa con los niños, mientras que su consorte se consagraba al trabajo y continuaba desarrollándose profesionalmente.

Este criterio ha sido tomado en cuenta en algunas de las casaciones que hemos citado en este capítulo, por ejemplo, en la casación N° 3999-2013 Lima, se da cuenta de una abogada no puede desarrollar su carrera profesional en razón del cuidado que debe dar al hijo común que sufre de autismo. En la casación 3464-2010 Lima, uno de los criterios es que la cónyuge no ha seguido estudios por cuanto al ser esposa de un miembro del ejército debía movilizarse constantemente.

Es lógico que este criterio sea evaluado puesto que nos va a permitir verificar si es que la inestabilidad económica se debe a como se desarrolló la vida matrimonial o si se debe a alguna otra causa. En efecto, puede que se constate inestabilidad luego del divorcio, pero que no sea atribuible al hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio, sino a causas preexistentes al matrimonio o coetáneas con el matrimonio, pero ajenas al mismo (decisiones tomadas en el foro personal y no en razón del matrimonio o malas decisiones profesionales o financieras). En estos casos, no debería proceder indemnización por cuanto la inestabilidad no está relacionada a la vida matrimonial.

No se puede caer en el pecado de confundir esto con la frustración del proyecto de vida o del proyecto matrimonial, en tanto que no se le indemniza al cónyuge débil por ver frustrado sus proyectos matrimoniales y por la angustia que ello le pueda causar, se le indemniza por cuanto, en el caso que se haya dedicado a los hijos o al matrimonio, en perjuicio de sus expectativas laborales, al momento de la separación o del divorcio sufrirá, objetivamente, un perjuicio por la desaparición del estatuto protector del matrimonio del cual dependía total o parcialmente. No importa si es que el cónyuge más perjudicado fue el que abandono o el que se quedó, lo importante es determinar quién es el que sacrificó sus expectativas en razón del matrimonio.

5.3 Situación previsional y de seguridad social

Relacionado con el desempeño laboral durante el matrimonio, el tema previsional y de seguridad social es algo a tomar en cuenta.

Barcia y Riveros (2011:267) indican que

“este supuesto puede jugar de dos formas. De una manera general, conforme a la cual es necesario equilibrar los patrimonios de los cónyuges, tomando en cuenta su situación actual- conforme a su situación pasada- para proyectar hacia el futuro su situación previsional y de salud. Pero, en una segunda vertiente, este criterio se aplica en situaciones excepcionales en que el cónyuge

beneficiario está en una situación de salud de desamparo, como si tiene una enfermedad terminal o está parapléjico- en la medida que se cumplen los requisitos de procedencia de la compensación establecidos en el artículo 61 de la LMC”.

No creemos que sea necesaria que se configure una situación tan extrema como que el cónyuge más perjudicado se encuentre en un estado terminal o con paraplejia para que se aplique este criterio, sino que bastará que tenga requerimientos de salud por la edad (chequeos de rutina) o alguna enfermedad que sin ser grave requiera medicación constante para que se pueda tomar en cuenta este criterio como elemento para determinar la inestabilidad económica del cónyuge más perjudicado.

Específicamente con respecto a las prestaciones médicas, se debe tener presente que precisamente una de las consecuencias del divorcio es la pérdida de la calidad de derechohabiente para los efectos, entre otras cosas, del seguro social. Este criterio será relevante en los casos en los cuales uno de los cónyuges dependa de su calidad de cónyuge para acceder a prestaciones médicas. La pérdida del seguro forzaría al cónyuge débil a incurrir en gastos, lo que debe ser tenido en cuenta para evaluar la inestabilidad y la entidad de la misma.

La pérdida del seguro ha sido tomada en cuenta por una Sala Superior, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema, en casación 405-2013 Cusco, para determinar además de la indemnización, la continuidad del seguro en la sanidad de la Policía (su ex marido es miembro de dicha institución), en razón de que la cónyuge estaba infectada por Virus de Papiloma Humano.

De igual forma, la situación previsional debe tenerse presente, ello en tanto que el cónyuge que no ha desempeñado actividad laboral regular, o lo ha hecho de manera independiente, a intervalos, por adecuar su vida laboral a la vida familiar, va a sufrir una repercusión directa en sus aportaciones previsionales, con lo que la pensión de jubilación o de invalidez o no la tendrá o no será de la magnitud que hubiese podido ser, de no haber tomado decisiones de sacrificio en razón de la familia.

En Chile, este criterio ha sido desarrollado no sólo en la Ley del Matrimonio Civil, la cual ya hemos citado, sino que en la ley 20255, ley que establece reforma previsional, se ha prescrito una regla especial en el artículo 80 el cual establece

“Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge

compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.

Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio”.

5.4 Duración de la vida común de los cónyuges, incluida la anterior al matrimonio

Este criterio es adoptado unánimemente por los tres ordenamientos que hemos tomado como referencia para nuestro estudio. La razón es sencilla: mientras más larga la convivencia es mayor la posibilidad que uno de los cónyuges desarrolle dependencia de la economía familiar desarrollada. Mientras más corta la convivencia es más probable que el cónyuge débil, si es que lo hay, se reponga de las decisiones tomadas por el matrimonio y supere la inestabilidad.

Nótese que se habla de la convivencia y no de la duración del matrimonio en sí; ello por cuanto durante la convivencia la intensidad de la dependencia que se puede desarrollar es mayor a la que se puede desarrollar cuando los cónyuges están separados de hecho, incluso llegando a desaparecer en este caso. Durante la separación de hecho, antes del divorcio, puede darse también una dependencia económica, en la forma de alimentos y de goce de algunos otros derechos como prestaciones médicas por el seguro social; sin embargo, la intensidad es menor con respecto a la dependencia económica que se puede desarrollar estando vigente la convivencia.

De igual forma, y no le falta razón, Corral (2007) señala que “aunque la convivencia conyugal será muy importante para apreciar el menoscabo, no nos parece que sea irrelevante la duración del vínculo matrimonial. En efecto, aunque la vida en común ha sido corta si el matrimonio ha tenido una larga duración es probable que se hayan generado efectos de amparo y socorro para la mujer, cuya privación será necesario compensar (alimentos, beneficios de salud)”.

Con relación a la vida en común, por otro lado, se indica que rige el principio de inmediatez, en virtud del cual sólo procederá compensación por desequilibrio cuando no medie mucho tiempo entre la ruptura de la vida en común y el alegado desequilibrio. Así (Varsi 2012:651)

“Ello nos conduce a considerar que la compensación por desequilibrio se restringe a los casos en que existe una comunidad de vida anterior a la separación o al divorcio que persiste hasta entonces, de modo tal que cada uno de los esposos haya consolidado determinado estatus que se ve interrumpido. Sería improcedente, por lo tanto, cuando la disgregación familiar haya tenido lugar con mucha antelación al proceso matrimonial, o cuando la escasa duración del matrimonio impida entender que haya podido tener impacto en el desarrollo vital de los esposos o

que alguno de ellos haya alcanzado un determinado estatus que merezca protección”.

Como se puede apreciar, la vida en común tiene relación no sólo por cuanto su duración tiene una relación proporcional al impacto que puede tener en la económica de uno de los cónyuges, sino porque la vida en común, en virtud del principio de inmediatez, fija cuando es que hay que valorar la inestabilidad económica.

En el Perú parece recogido el principio de inmediatez, en tanto que el artículo 345-A del Código Civil indica que el juez velará por estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la “separación de hecho” fijando, por tanto, el momento en el cual se deberá valorar la inestabilidad, esto es al momento del cese de la vida en común.

Por esos motivos y, especialmente, por el principio de inmediatez, resultan extraños los pronunciamientos que conceden indemnizaciones por inestabilidad económica, cuando los cónyuges llevan separados varios, no años, lustros, si es que no décadas.

5.4.1 Unión de hecho impropia durante la separación de hecho

Líneas arriba hemos analizado la posibilidad de que se tome en cuenta la unión de hecho, que vendría a ser impropia, por cuanto no reúne los requisitos del artículo 326 del Código Civil, dado la falta de aptitud nupcial por lo menos de uno de ellos, como criterio para determinar la inestabilidad económica y la existencia de un cónyuge más perjudicado.

Sugerimos este criterio no para castigar al cónyuge que haya violado el deber de fidelidad, sino por cuanto el hecho de que uno de los cónyuges (o ambos) haya reanudado su vida marital durante la separación de hecho puede acarrear la inexistencia de la inestabilidad al estar cubierto el supuesto cónyuge más débil por una nueva dinámica económica familiar.

Ninguno de los ordenamientos de referencia menciona expresamente este criterio; sin embargo, en España, como ya se ha visto, el análisis de la vida marital del cónyuge solicitante de la pensión compensatoria puede llevar a su no concesión. En Francia, Piwnica (2013:15), con base en la jurisprudencia de su país, indica que la situación de concubinato de uno de los esposos, antes de la declaración de divorcio, debe ser agregada a los criterios del artículo 271 del Código Civil, en la apreciación del monto de la prestación compensatoria dado que el concubinato implica una distribución de las cargas y un potencial aumento de los recursos disponibles.

5.5 Probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar actividad lucrativa

En el caso en el cual uno de los cónyuges no haya desempeñado actividad lucrativa durante el matrimonio, ya tendremos un criterio sólido para determinar el desequilibrio y al cónyuge más perjudicado; sin embargo, con éste criterio se puede apreciar la magnitud de la dependencia económica desarrollada. Con este criterio podremos hacer un análisis de cuánto tiempo demorará el cónyuge débil en lograr la estabilidad económica tras el divorcio o si es que no se podrá lograr. Este criterio está íntimamente ligado con la cuantificación de la indemnización, por cuanto a mayor tiempo para lograr la estabilidad económica, mayor debería ser la indemnización.

No nos limitamos a hablar de probabilidades de acceso al mercado laboral, como lo hacen los ordenamientos chileno y español, sino que también hablamos de la posibilidad de desarrollar actividad lucrativa, puesto que, como es sabido, nuestro país es fértil con respecto a las microempresas y demás emprendimientos. Es así de fértil que de conformidad con Instituto Nacional de Estadística e Informática (2014:20) en el año 2013 el número de microempresas ascendió a 1'689,377 lo que representa un 95% del total de empresas “demostrando su relevancia no solo en número de empresas sino también en la generación de empleo y su participación en el desarrollo socioeconómico del país”.

Para determinar las probabilidades de acceso al mercado laboral o a actividad lucrativa, básicamente, son tres criterios los que debemos atender, sin ser necesariamente los únicos:

5.5.1 Edad

Como lo señala Varsi (2012:668), con colaboración de Abelardo Ortiz Solé, la consideración legal de la edad y del estado de salud, el cual veremos seguidamente, “a efectos de la eventual concesión de una compensación por desequilibrio radica en la capacidad productiva, la fuerza de trabajo y las expectativas de rentabilidad en el tiempo”.

En efecto, a mayor edad resulta más difícil para el cónyuge más perjudicado obtener un empleo, más aún si no se cuenta con experiencia laboral, ni calificación profesional o se viene de una inactividad prolongada. Para analizar las probabilidades de acceso al mercado laboral no hablamos necesariamente que el cónyuge más perjudicado deba ser una persona en edad de jubilación, puesto que como sabemos, con lo competitivo del mundo laboral, una persona de 40 años, sin experiencia, sin mayor especialización, puede que tenga dificultades para acceder al mercado laboral, por lo menos de manera inmediata.

Para desarrollar una actividad lucrativa independiente (un negocio, en pocas palabras) nunca es tarde; sin embargo, hay que tener en cuenta que, dada determinada edad, naturalmente, las funciones físicas y

psicológicas pueden decaer en perjuicio, entre otras cosas, de la capacidad de desarrollar plenamente una actividad lucrativa.

Al margen de ello, el criterio referido a la edad, según Barcia y Riveros (2011:266) también “se relaciona con la opción de volver a casarse, en el sentido que una persona que vuelva a casarse será nuevamente amparada por el estatuto protector del matrimonio”. Opinión que podría generar algún cuestionamiento desde el sector feminista, pero que atendiendo a algunas realidades no está demás tomarlo en cuenta, junto a los demás criterios.

5.5.2 Estado de salud físico y mental

La salud, en términos generales, comprende tanto el estado de bienestar físico y psicológico de la persona. Este criterio se debe enfocar no desde la perspectiva de la violencia intrafamiliar, que sin duda es resarcible pero dentro de los predios de la responsabilidad civil, ni se debe apreciar si es que la enfermedad ha sido causada por la separación de hecho o por el proceso de divorcio, sino debe ser analizada en orientación a determinar si es que el cónyuge perjudicado será capaz, dado su estado de salud, sobreponerse a la inestabilidad económica.

Sin duda alguna, un estado de salud sumamente deteriorado (ya sea en lo físico o en lo psicológico), no va a permitir que una persona logre desarrollar actividad económica y, en consecuencia, alcanzar el equilibrio económico post-divorcio. Tampoco se trata que para tomar en cuenta este criterio, uno de los cónyuges se encuentre postrado en cama; en algunos casos, deberá tomarse en cuenta que el estado de salud no le permite desarrollar la actividad con la intensidad suficiente o que el cuidado de su salud requiere gran parte del tiempo.

Que la enfermedad se deba o no al divorcio o a la separación de hecho o actos de violencia familiar (como se valora en la sentencia) nada tiene que ver. Lo relevante es determinar si el estado de salud va a ser o no un obstáculo para la reinserción laboral o el desempeño de actividad económica independiente.

5.5.3 Instrucción y experiencia laboral

Un criterio igualmente relevante es el grado de instrucción. *A priori*, un grado de instrucción superior dará mayores opciones de acceso al mercado laboral y con una mejor remuneración. Sin embargo, ello no es siempre cierto, en algunos casos, por prejuicios sociales, una persona con educación profesional pueda ser víctima de reparos al momento de desarrollar alguna actividad que no sea acorde a su formación o, en todo caso, no pasar los filtros de recursos humanos por considerársela sobrecualificada. En todo caso, se deberá valorar el caso concreto, como en todos los criterios, pero por regla, consideramos que a mayor

grado de instrucción mayor aptitud para obtener una plaza o iniciar una actividad económica.

La experiencia laboral para el tema de reinserción laboral también es importante. A mayor experiencia laboral antes de suspender sus actividades para dedicarse al ámbito doméstico, mayor capacidad de superar la inestabilidad económica. Por otro lado, el cónyuge que nunca ha desarrollado actividad económica o que viene de una inactividad laboral prolongada, se encontrará más desarmado para desarrollar una actividad lucrativa.

5.5.4 Dedicación previsible a los hijos

Otro criterio que deberá ser tomado en cuenta para determinar si es que el cónyuge más perjudicado podrá o no reinsertarse a la vida lucrativa, es la previsible dedicación futura a los hijos. Así, si es que disuelto el matrimonio hay hijos menores de edad o mayores dependientes económicamente por incapacidad, es probable que el cónyuge que ostente la tenencia vea distraído parte de su tiempo y energía en favor de estos hijos, cosa que no sucederá con el cónyuge que no goce de la tenencia, todo ello en perjuicio de la posibilidad de una plena reinserción en el ámbito lucrativo del cónyuge más perjudicado. Deberá tomarse particular atención si es que los hijos tienen algún requerimiento especial por cuestiones de edad (no es lo mismo un hijo de 16 años que uno de meses de edad) o por cuestiones de salud.

Belío (2013:107) da cuenta que en la jurisprudencia española se ha tomado en cuenta el estado de salud (autismo con calificación leve moderada) de uno de los hijos para determinar la pensión compensatoria. Situación que también fue tomada en cuenta, entre otras, ya por nuestra jurisprudencia en el casación N° 3999-2013 Lima, en donde el hijo común, coincidentemente, tenía autismo

Ahora bien, si es que un hijo es mayor de edad sin problemas de salud y luego del divorcio queda viviendo con alguno de los padres, esta situación será irrelevante, en tanto que no requerirá mayor atención del cónyuge con el que viva. Además, cualquier favorecimiento o atención que alguno de los cónyuges tenga con este hijo no podrá ser considerado en el análisis (salvo en los casos de alimentos para mayores de edad por razón de estudios), puesto que se tratará de una liberalidad que no puede ser forzosamente impuesta en cabeza del cónyuge obligado a indemnizar al más perjudicado.

5.6 La colaboración en la actividad económica del otro cónyuge

La valoración de esta circunstancia nos acerca al enriquecimiento sin causa, y es que, como se ha visto anteriormente, la indemnización por enriquecimiento sin causa y la indemnización que venimos estudiando

comparten ciertas características, siendo una de las principales coincidencias que ambas están fuera de los predios de la responsabilidad civil.

En efecto, es usual que uno de los cónyuges durante el matrimonio aprenda el oficio del otro, de tal forma que lo empieza a ayudar ya sea en el negocio o en la profesión, ya sea fungiendo las funciones de secretaria, ya sea atendiendo directamente la tienda, cuando el otro cónyuge no está, o apoyando en tareas accesorias o administrativas, etc. Sin embargo, también es usual que por este trabajo no se le pague una remuneración al cónyuge que colabora con la actividad del otro, en la perspectiva que los ingresos que genere el negocio o la actividad del otro cónyuge serán en su totalidad en beneficio de la familia y, en efecto, es así, hasta que sobreviene el divorcio.

Sobrevenido el divorcio, todo lo aportado por el cónyuge que ha colaborado sin remuneración o con exigua remuneración, quedará en favor del cónyuge que era el titular de la actividad económica, en principio, sin contraprestación, generando un desequilibrio entre las partes. Siendo ello así, le corresponde reaccionar al ordenamiento para reequilibrar las situaciones de las partes, evitando o atenuando la inestabilidad del cónyuge más perjudicado.

Ahora bien, este criterio para determinar al cónyuge más perjudicado, probablemente no se va a encontrar sólo, dado que es posible que el cónyuge que haya colaborado en la actividad económica del otro haya también postergado sus propias perspectivas de crecimiento profesional. De igual forma, al no existir remuneración o ser esta exigua, sus aportes previsionales serán mínimas si es que no inexistentes. También, al ser la colaboración en las actividades del otro cónyuge una labor muchas veces informal, en el mercado laboral no se le tomará como experiencia laboral la colaboración que haya podido prestar a su otro cónyuge.

Belío (2013:98-99), comentando el artículo 97 numeral 5 del Código Civil español que establece como criterio “la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge”, indica que

“la norma parece referirse a la colaboración en actividades o negocios privativos del cónyuge deudor, que se traduce en un enriquecimiento exclusivo de éste y a costa del acreedor, si bien a nuestro juicio, el supuesto puede extenderse a la colaboración en los negocios comunes. Se trata en ambos casos de circunstancias en donde existe normalmente una relación de dependencia laboral, y la contraprestación económica percibida por el cónyuge acreedor ha sido nula o la actividad profesional escasamente remunerada”.

Y continúa diciendo que “en ocasiones y pese al trabajo realizado, podemos encontrarnos con que no se han efectuado las cotizaciones exigidas al régimen correspondiente de la seguridad social y, en consecuencia, no se genera el derecho a la prestación por desempleo ni a una pensión de jubilación”.

De igual forma, en el trabajo de la profesora Belío (2013:100) se recoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 80 de Madrid, de fecha 28 de enero del 2013, sentencia N° 38/2013, en la cual se describe una situación dramática del cónyuge más perjudicado originada, entre otras cosas, por el criterio que venimos exponiendo, así indica:

“la esposa dejó su trabajo en la entidad Telefónica el año 2009 para constituir con su esposo una nueva empresa familiar, a fin de poder dedicar más tiempo al cuidado de sus hijas, lo que ha realizado desde entonces con total dedicación. Igualmente, desde entonces ha colaborado con el demandado en la empresa que crearon, y que el esposo está liquidando para fundar una nueva empresa, sin la participación de su esposa. Todo ello supone que la esposa, tras el divorcio, ha perdido no solo su trabajo y los ingresos que obtenía por la colaboración con su esposo en la empresa familiar, sino también su proyección profesional en la empresa en la que trabajaba anteriormente, que dejó por el proyecto familiar”.

Conforme se puede apreciar, este criterio debe ser valorado para determinar al cónyuge más perjudicado con la separación de hecho, dado que muchas veces este cónyuge a fin de acometer con plenitud su nueva etapa de casado, renuncia a sus propios proyectos para colaborar con una empresa familiar, en muchos casos sin remuneración, lo que luego del divorcio, va a generar problemas económicos.

5.6.1 Colaboración para la conclusión de estudios o perfeccionamiento de los mismos

En la sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil, considerando 96 literal a) se describe y valora lo siguiente:

“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”.

Dentro de los antecedentes de hecho del caso tratado en el Tercer Pleno Casatorio, se tiene que la cónyuge demandada reconviene solicitando una indemnización en mérito al artículo 345-A del Código Civil, alegando, entre otras cosas, haber aportado para los estudios de profesor del demandante en la ciudad de Juliaca. Para hacer dicho

aporte debió sacrificarse en el campo y ocuparse exclusivamente de los hijos comunes.

En ese sentido, no sólo se tomará como criterio cuando uno de los cónyuges haya colaborado con la actividad económica del otro cónyuge, sino que, además, se deberá tomar en cuenta cuando uno de los cónyuges se sacrifica ya sea cuidando a los hijos e incluso aportando económicamente, para que el otro pueda, ya no trabajar, sino concluir sus estudios y así poder afrontar de mejor manera el mundo laboral.

5.7 Otras circunstancias

Hemos hecho referencia a los criterios que consideramos más relevantes para determinar la inestabilidad económica e identificar, en consecuencia, al cónyuge más perjudicado por la separación de hecho o el divorcio. Sin embargo, ese catálogo no es sino meramente enunciativo, admitiendo, por supuesto, la posibilidad de incluir más criterios destinados a verificar al cónyuge más perjudicado por la separación de hecho y el divorcio. A pesar del carácter abierto que cualquier lista de criterios puede tener, al valorar determinada circunstancia del caso concreto, debe tenerse siempre presente la naturaleza jurídica de la indemnización estudiada, sin caer en la tentación de contaminarla con criterios que le son totalmente ajenos.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El régimen actual de divorcio es un régimen complejo en el que cohabitan tanto el divorcio sanción, como el divorcio remedio y el divorcio incausado. En el Perú, si bien el divorcio ha sido regulado desde el año 1930, durante toda su evolución, e incluso actualmente, se ha enfrentado con opositores y con reparos por cuestiones de orden moral. Dichos reparos de orden moral no han permitido una adecuada comprensión de la función que cumple el divorcio ni una adecuada regulación de sus consecuencias, específicamente, patrimoniales. El divorcio se sigue viendo según el esquema de “inocente-culpable”. Sin embargo, hemos apreciado en el capítulo primero como ha ido evolucionando el divorcio, por lo que las esperanzas de perfeccionamiento de nuestro régimen divorcista siguen intactas.

SEGUNDA: La naturaleza jurídica de la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil es la de una obligación legal indemnizatoria que tiene por acreedor al cónyuge más débil económicamente, independientemente de cualquier alegación de culpabilidad, ello por cuanto la finalidad primordial es velar por la estabilidad económica y no la de resarcir daños imputables a uno de los cónyuges y por sólo concederse en la separación de hecho, que es un divorcio no culpable.

TERCERA: El artículo 345-A del Código Civil contiene una serie de deficiencias. Entre ellas podemos señalar que no contiene una descripción precisa que permita determinar la naturaleza jurídica; su aplicación dentro del régimen de divorcio es incompleta, puesto que no incluye dentro su protección los casos de divorcio sanción; no es clara la compatibilidad de la indemnización por inestabilidad económica con el derecho de alimentos entre cónyuges; la forma de prestación de la indemnización no es flexible, sólo se contempla la posibilidad de un pago único, sin embargo, debería regularse la renta vitalicia para casos excepcionales; no contiene criterios que permitan la identificación del cónyuge perjudicado ni criterios que permitan la cuantificación del monto de la indemnización. En ese sentido, se debe pensar en realizar una reforma que permita subsanar estas deficiencias que de una u otra forma pueden generar injusticias.

CUARTA: Se ha constatado una evolución en el entendimiento de la indemnización por inestabilidad económica. Al principio (entre los años 2001-2011) su enfoque y los criterios que se usaban eran meramente culpabilísticos, se buscaba al cónyuge culpable y se resarcía al cónyuge inocente (quien era el abandonado, el agraviado por la violencia o por la infidelidad). En una segunda etapa (del 2011 a la actualidad), marcada por el tercer pleno casatorio civil, se ha producido un cambio parcial de enfoque en donde confluyen criterios de orden objetivo (edad, salud, decisiones de los cónyuges en favor de la familia) y de orden subjetivo (infidelidad, intención de divorciarse, violencia física o psicológica, incumplimiento de obligaciones alimentarias).

QUINTA: El cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, y beneficiario de la indemnización regulada por el artículo 345-A del Código Civil, no debe ser identificado como el cónyuge abandonado, agraviado por violencia o infidelidad, sino debe ser identificado como el cónyuge que sufre la inestabilidad económica y para cuya identificación, además, deberá tomarse en cuenta datos objetivos como el patrimonio y los ingresos previsibles de los cónyuges tras el divorcio; la situación laboral de los cónyuges; el régimen patrimonial del matrimonio; las decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos; situación previsional y de seguridad social; duración de la vida común; la existencia de una unión de hecho impropia durante la separación de hecho; las probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar

actividad lucrativa; la edad; el estado de salud; el grado de instrucción y la experiencia laboral; el aporte a la actividad del otro cónyuge; entre otras circunstancias, cuidando siempre de excluir criterios culpabilísticos que nada tienen que ver con la indemnización estudiada.

SEXTA: La comprensión de la real naturaleza jurídica de la indemnización estudiada, así como el perjuicio que se pretende indemnizar y, sobre todo, de quién es el cónyuge perjudicado, permitirá otorgar indemnizaciones acordes a su función y que den la cobertura necesaria para que el cónyuge económicamente débil pueda revertir dicha situación de inestabilidad económica a la que hace referencia el artículo 345-A del Código Civil. En la actualidad, la jurisprudencia, en base al tercer pleno, y a la voz daño a la persona, viene valorizando “equitativamente” la indemnización como si se tratará de un resarcimiento que sin duda no permite, en la mayoría de casos, superar la inestabilidad económica.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Richard
- 2014 “La pensión compensatoria en el Código Civil. Crítica al artículo 345-A del Código Civil peruano desde el derecho comparado”. *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Lima, tomo 11, mayo, pp. 101-111
- ALFARO, Luis
- 2011 *La indemnización en la separación de hecho*. Gaceta Jurídica: Lima.
- 2012 “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil? En Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial”. *Libro de especialización en derecho de familia*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 25-44
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION
- S/D Orientación sexual y homosexualidad. Consultada 05 mayo 2014
Disponible en:
<http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>
- ARÍAS-SCHREIBER, Max
- 1997 “Divorcio: Castigo o solución”. *Gaceta Jurídica*. Lima, Tomo 41, pp. 69-B – 74 –B
- AYVAR, Karina
- 2011 “La prueba del daño psicológico y al proyecto de vida en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho”. *Actualidad Jurídica*. Lima, Tomo 206, enero 2011, pp. 127 – 130
- 2014 “La indemnización en los casos de divorcio por causal fijados de oficio por el juez”. *Actualidad jurídica*. Lima, tomo 244, pp. 47- 51
- AZNAR, Antonio
- 1996 *Evolución histórica de la separación de hecho, con especial referencia al Derecho español*. Dykinson: Madrid.
- BARCIA , Rodrigo y RIVEROS, Carolina
- 2011 “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica”. *Revista chilena de Derecho*. Santiago, volumen 38, pp. 249-278
- BELÍO, Ana
- 2013 *La pensión compensatoria*. Tirant Lo Blanch: Valencia.
- BARBERO, Omar
- 1977 *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Buenos Aires: Astrea.

BERMÚDEZ, Manuel

2011 “Alcances del pleno casatorio sobre separación de hecho, indemnización y facultades judiciales en la especialidad de familia”. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Lima, Tomo 36, pp. 63-77

BERROCAL, Ana Isabel

2013 La separación y el divorcio en España tras la reforma del Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio. En TORRES, Manuel (Coordinador). *El divorcio: en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 389-413

BELLUSCIO, Augusto

1981 *Derecho de familia*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma.

BELTRÁN, Patricia

2010 “El juez que tramita el divorcio puede cesar la obligación alimentaria fijada en un proceso anterior de alimentos”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, marzo 2010, número 138, pp. 21-33

BOSSERT, Gustavo *et. al.*

2000 *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

BUSTAMANTE, Emilia

2001 “Separación de hecho: puntos críticos de los proyectos de ley que proponen su incorporación al Código Civil”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, enero 2001, Tomo 18, pp. 107 – 118

CABALLERO, Henry

2010 “La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho ¿Está en función del daño al proyecto de vida matrimonial o es necesario que se acredite la existencia de daños físicos o psicológicos?”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, tomo 138, pp. 164 – 173

CABELLO, Carmen

2001 “Divorcio ¿remedio en el Perú?”. *Derecho PUC*. Lima, Número 54, pp. 401-418

2004 “Responsabilidad civil de los cónyuges por daños en el divorcio”. *Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano*. Lima, Año 1, número 16, 19 de octubre del 2004, pp. 4-5

CALDERÓN, Sylvia

2011 “¿Es posible la reparación civil por daños y perjuicios en el divorcio?” *Revista jurídica del Perú*. Lima, Año LI, N° 23, pp. 79 – 83

- CALISAYA, Ángel
- 2013 El divorcio en el Perú y España. En: Torres, Manuel (Coordinador). *El divorcio: en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 357-388
- CAMPANA, Manuel
- 2008 “La Ley N° 29227, ¿una norma divorciada de la sociedad?” *Jus: Doctrina & práctica*. Lima, número 6, junio, pp. 7- 24
- CANALES, Claudia
- 2010 “La separación de hecho. El remedio de la disolución del vínculo conyugal”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, Tomo 143, pp. 167 – 173
- 2014 “La indemnización en la separación de hecho en el ordenamiento jurídico peruano”. *Actualidad jurídica*. Lima, tomo 244, pp. 37- 46
- CANTUARIAS, Fernando
- 1991 “El divorcio: ¿Sanción o Remedio?”. *Thémis*. Lima, época 2, N° 18, pp. 66- 72
- CÁRDENAS, Luis
- 2013 “Separación de hecho. La jurisprudencia después del Tercer Pleno Casatorio”. En TORRES, Manuel (Coordinador). *El divorcio: en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 129- 142
- CARREÓN, Francisco
- 2012 “La indemnización del daño en los procesos de divorcio por separación de hecho”. En: Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. *Libro de especialización en derecho de familia*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 45-67
- CASTILLO, Mario Y OSTERLING, Felipe
- 2003 “Responsabilidad Civil derivada del divorcio”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, Año LIII, N° 44, pp. 57 -73
- 2010 “El riesgo implícito del desamor: La responsabilidad Civil derivada del divorcio”. En CALDERÓN, Carlos *et. al.* (Coordinadores). *La Familia. Observatorio de Derecho Civil*. Volumen II. Lima: Motivensa, pp. 193 - 219
- CHIABRA, María
- 2013 “La separación de hecho como causal alternativa de divorcio en el Perú”. En TORRES, Manuel (Coordinador). *El divorcio: en la*

legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 109 – 128

COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

- 1928a *Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código civil peruano: creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922.* Fascículo II. Lima: La Tradición.
- 1928b *Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código civil peruano: creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922.* Fascículo VI. Lima: La Tradición.
- 1928c *Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código civil peruano: creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922.* Fascículo VII. Lima: La Tradición.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- 2001 *Diario de debates del pleno del congreso. Legislatura ordinaria 2000 – 2001.* Lima.

CORNEJO, Héctor

- 1950 *Derecho Familiar peruano.* Arequipa: Editorial Universitaria de Arequipa
- 1999 *Derecho Familiar peruano.* Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica.

CORRAL, Hernán

- 2007 “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”. *Revista Chilena de derecho.* Volumen 34. Número 1. Santiago. Visitado 30 de marzo 2015. Disponible en:
[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372007000100003&lng=es&tlng=es.](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372007000100003&lng=es&tlng=es) 10.4067/S0718-34372007000100003.

CUPIS, ADRIANO DE

- 1970 *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil.* Segunda Edición. Barcelona: Bosch

DAUDÉ, Juliette

- 2013 L’appréciation de la disparité créée para le divorce dans le cadre d’une prestation compensatoire. *Village de la Justice.* Consultada 10 de abril de 2015
<http://www.village-justice.com/articles/appreciation-disparite-creee-divorce,13919.html>

DELMAS-MARTY, Mireille et. al.

1987 *Matrimonio y divorcio*. Bogotá: Temis

DÍEZ-PICAZO, Luís et. al.

1993 *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3ra edición Barcelona: Ariel.

1999 *Derechos de daños*. Madrid: Civitas

2003 *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Madrid: Tecnos.

ESPINOZA, Juan

2005 “El cómputo del plazo de la separación de hecho a propósito de la Ley N° 27495 ¿control difuso o control confuso?”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, Tomo N° 76, pp. 21 – 27

2011 “Apuntes para una interpretación coherente del Tercer Pleno Casatorio Civil”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, N° 153, pp. 57-64

2013 *Derecho de la responsabilidad civil*. Séptima edición. Lima: Rodhas.

FANZOLATO, Eduardo

1991 *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*. Buenos Aires: De Palma.

FERNÁNDEZ, Gastón

2015 “Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa”. En MOLINA, Rafael (editor general). *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los treinta años del código*. Lima: Ius et Veritas, pp. 385- 404

FERNÁNDEZ, Luis

1947 *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. México: Uteha

FERNÁNDEZ, Marisol

2011 “Derecho de familia y métodos feministas”. En FERNÁNDEZ, Marisol et. al. (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra, pp. 183- 205

GACETA JURÍDICA

2012 *Jurisprudencia sobre derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica

GUTIÉRREZ, Pilar

2013 *La “Vida Marital” del perceptor de la pensión compensatoria*. Pamplona: Aranzandi.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA

2014 *Perú: Estructura empresarial, 2013*. Lima: INEI

- JOSSERAND, Louis
1950 *Derecho Civil. La Familia. Tomo I, vol. II.* Buenos Aires: Bosch y Cía.
- LEÓN, Leysser
2003 “Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”. Consultado 23 de febrero de 2015. Disponible en:
http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF
- 2004 *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano.* Lima: Palestra.
- 2006 “Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa”. *The Cardozo review*, volumen 12, pp. 1-19. Consultado 15 de marzo de 2015. Disponible en:
<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/>
- 2007 "¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el "daño al proyecto de vida" continúa inflando peligrosamente los resarcimientos" *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo N° 104, 77-87.
- 2007 – B *Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura.* Ponencia dictada en el Seminario de Responsabilidad Civil organizado por la Asociación Civil “Foro Académico”, el 9 de octubre de 2007, en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultado el 21 de abril del 2016. Disponible en http://works.bepress.com/leysser_leon/7/
- 2011 “Comunicación al Pleno Casatorio Civil”. En: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Tercer Pleno Casatorio Civil.* Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 249-252. Consultado el 21 de abril del 2016. Disponible en:
http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_investigacion_publicacion/as_publicaciones/as_fondo_editorial
- LLOPIS, Juan
2003 *Curso Básico de Derecho de Familia.* Valencia: Práctica de derecho.
- MEDINA, Graciela *et. al.*
2002 *Daños en el Derecho de Familia.* Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni
2010 “Responsabilidad por disolución del concubinato. Repetición de alimentos, daños derivados de la muerte, daños de la ruptura intempestiva y restitución de gastos de última enfermedad”. En CALDERÓN, Carlos *et. al.* (Coordinadores). *La Familia. Observatorio de Derecho Civil.* Volumen II. Lima: Motivensa, pp. 221 – 274

- MENDOZA, Marcos
- 2002 “Separación de hecho: Interpretación, aplicación y constitucionalidad a propósito de la ley 27495”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año LII, Tomo 30, pp. 87 – 99
- MENDOZA, Victoria
- 2014 “Pronunciamientos casatorios en materia de indemnización por separación de hecho ¿Colisión con el principio *ubi aedem ratio idem jus?*”. *Actualidad jurídica*. Lima, Tomo 244, pp. 31 – 36
- MESINAS, Federico
- 2005 “La separación de hecho y el divorcio inviable”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, Tomo 76, pp. 29 – 31
- MIZRAHI, Mauricio
- 1998 *Familia, matrimonio y divorcio*. Astrea: Buenos Aires, 1998
- MONJE, Oscar
- 2000 “La separación conyugal y la disolución del matrimonio”. En Lledó, Francisco (Director). *Compendio de derecho de familia*. Madrid: Dykinson, pp. 67 – 91
- MONROY, Renzo
- 2015 La resurrección de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. Resarcido daños a la institución de la responsabilidad civil a través de la diferenciación de remedios. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad San Martín de Porres, Facultad de Derecho
- MORALES, Rómulo
- 2011 “Resarcimiento del Daño Moral y del Daño a la Persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge más débil en el tercer pleno casatorio”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, N° 153, pp. 47-56
- MORILLAS, Marta
- 2008 *El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del Código Civil*. Tesis para optar el grado de doctor. Universidad de Granada.
- MOSQUERA, Clara
- 2011 “Flexibilización de principios procesal e indemnización o adjudicación preferente en el tercer pleno casatorio civil”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, N° 153, pp. 65- 83

- PERALTA, Javier
2008 *Derecho de Familia en el Código Civil*. Cuarta edición. Lima: Idemsa
- PIWNICA, Dominique
2013 Evaluation de la prestation compensatoire: un exercice divinatoire? *Actualités Juridiques Famille*. Enero. pp. 12-17 Consultado el 16 de febrero 2015
<http://www.piwnica-avocats.fr/publication/evaluation-de-la-prestation-compensatoire-exercice-divinatoire-actualites-juridiques-famille-janvier-2013>
- PIZARRO, Wilson
S/D “La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”. Consultado el 31 de marzo de 2015. Disponible en:
https://www.academia.edu/4225682/Carlos_Pizarro_Wilson_La_compensacion_economica_en_la_Nueva_Ley_de_Matrimonio_Civil_chilena
- PLÁCIDO, Alex
2001 Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.
2001B “La reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio. A propósito de la Ley 27495”. *Actualidad Jurídica*. Lima, Tomo 93, pp. 9 – 26
2001 C *Divorcio: Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio*. Lima: Gaceta Jurídica
2003 “La separación de hecho: ¿divorcio-culpa o divorcio-remedio?” *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, Tomo 55, pp. 73 – 82
2004 “La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, N° 67, pp. 45 – 54
2008 *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica
- PLANIOL, Marcel *et. al.*
1939 *Derecho Civil Francés*. Tomo II. La Habana: Cultural.
- QUISPE, David
2002 *Nuevo régimen familiar peruano*. Cuzco: Cultural Cuzco.
- RAMÍREZ, Beatriz
2013 “Amores rotos, impactos diferentes. Reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de

género” En TORRES, Manuel (Coordinador). *El divorcio: en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 265-287

RAMOS, Carlos

1990 *Acerca del divorcio*. Lima, 1990.

2001 *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo II. Lima: Fondo editorial de la PUCP.

2006 *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo V, volumen 2. Lima: Fondo editorial de la PUCP.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA

2001 *Diccionario de la lengua española*. Edición 22. Versión en línea. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/>

REVOREDO, Delia

1985 *Código Civil*. Lima: Artes gráficas de la industria avanzada.

RENERÍA, Margarita

2011 “Una separación de hecho con justicia social: comentario de la sentencia del Pleno Casatorio Corte Suprema”. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Lima, Tomo 36, pp. 79-104

RIVERA, Julio César

1997 “El daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, año III, Tomo 5, pp. 247 - 290

RODRÍGUEZ LLERENA, Darío

1937 *Código Civil. Trata del derecho de las personas y del derecho de familia*. Tomo I. Chiclayo: Librería e imprenta Mendoza.

RODRÍGUEZ, María Eugenia

2012 *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*. Madrid: Tecnos.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline

2001 *Droit de la famille*. Paris: Dalloz

RUÍZ-ALMODÓVAR, Caridad

2006 “El repudio en las leyes de familia de los países árabes”. *Tiempos de paz*. España, número 81, pp. 60-67. Consultado el 21 de abril del 2016. Disponible en:

SAMBRIZZI, Eduardo

2001 *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley

SÁINZ-CANTERO, María Belén y PÉREZ, Ana María

2012 *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*. Comares: Granada

SOTOMARINO, Roxana

2011 “Distinción entre daño psicológico y daño moral”. *Actualidad jurídica*. Lima, Tomo 207, pp. 50 - 54

TANTALEÁN, Reynaldo

2013 “Algunas cuestiones “periféricas” en el Tercer Pleno Casatorio Civil”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, Tomo 176, pp. 48 – 58

TICONA, Víctor

2012 “La indemnización en los divorcios por causal de separación de hecho”. *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*. Lima, año 8, número 397, martes 06 de marzo del 2012, pp. 4-6

TORRES, Manuel

2001 “La separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio”. *Actualidad Jurídica*. Lima, tomo 92, pp. 77 – 80

UMPIRE, Eulogio

2001 *El divorcio y sus causales*. Lima: LEJ

UREÑA, Magdalena

2013 *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Madrid: Tecnos

VALERA, Erika

2011 “Deshojando margaritas. El dilema patrimonial de los cónyuges luego del divorcio por separación de hecho”. *Actualidad jurídica*. Lima, Tomo 207, pp. 67-70

VARSÍ, Enrique

2004 *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.

2012 *Tratado de derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

2014 “La indemnización por daños en el divorcio por separación de hecho”. *Actualidad jurídica*. Lima, Tomo 244, pp. 13-24

- VIDAL, Álvaro
2006 “La compensación económica en la ley de matrimonio civil. ¿un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual”. En ADAME, Jorge (Coordinador). *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México D.F: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 419 – 437. Consultada 30 de marzo del 2015. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1943>
- 2009 “Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 69-99. Consultada el 05 de mayo del 2015: Disponible en: www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art02.pdf
- VEGA, Yuri
2003 *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*. Trujillo: Normas Legales.
2006 “Ruptura del concubinato y reparación civil”. En TORRES, Manuel (Coordinador). *El divorcio: en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 215-263
- WOLFF, Martin *et. al.*
1941 *Derecho de Familia*. Tomo cuarto. Volumen primero. Barcelona: Bosch.
- ZARRALUQUI, Luis
2005 “La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución”. Consultada 11 febrero 2015. Disponible en: www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf
- ZAPATA, María
2009 “Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano” En CALDERÓN, Carlos *et. al.* (Coordinadores). *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas*. Lima: Motivensa, pp. 521 - 540

RESOLUCIONES JUDICIALES

Poder Judicial

- Casación N° 4664-2010 Puno (Tercer Pleno Casatorio Civil)
- Casación N° 1762-2008 Lima Norte
- Casación N° 606-2003 Sullana
- Casación N° 2760-2010 Arequipa
- Casación N° 4921-2008 Lima
- Casación N° 2190-2003 Santa
- Casación N° 5699-2011 Arequipa
- Casación N° 2366-2009 Lima Norte
- Casación N° 3143-2009 La Libertad
- Casación N° 3464-2010 Lima
- Casación N° 4611-2013 Lima
- Casación N° 2898-2013 Lima Norte
- Casación N° 1488-2012 Lima
- Casación N° 3999-2013 Lima
- Casación N° 5625-2011 Lima
- Casación N° 4129-2011 Lambayeque
- Casación N° 1458-2010 Piura
- Casación N° 405-2013 Cusco
- Casación N° 3839-2013 Lambayeque
- Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa recaída en Causa N° 865-2005

Tribunal Constitucional

- STC N° 2868-2014-AA/TC
- STC N° 782-2013-AA/TC

Extranjeras

- Sentencia N° 14/00428 de la Corte de Apelaciones de Limoges (Francia)
- Sentencia N° 1050 de la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación (Francia)
- Sentencia del 9 de marzo del 2016 de la corte de apelación de Bastia (Francia)
- Sentencia de reemplazo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile en el rol N° 3.120-08
- Sentencia de reemplazo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile en el rol N° 6.327-09
- Sentencia de reemplazo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile en el rol N° 7.495-09
- Sentencia de reemplazo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile en el rol N° 3.495-06
- Sentencia de reemplazo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile en el rol N° 2.318-08
- Sentencia de reemplazo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile en el rol N° 7.033-9

- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Gijón en autos N° 50-2012 (España)
- Sentencia N° 862/2015 de Audiencia Provincial de Barcelona (España)
- Sentencia N° 167/2014 de Audiencia Provincial de Pamplona (España)
- Sentencia N° 38/2013 del Juzgado de Primera Instancia N° 80 de Madrid (España)
- Sentencia N° 147/16, la Audiencia Provincial de Barcelona (España)



ÍNDICE

Pág.		
	Dedicatoria	2
	Introducción	3
	Capítulo I	
	El divorcio por la causal de separación de hecho	5
1.	Definición de divorcio	5
2.	Clasificación del divorcio	6
2.1	Divorcio causado e incausado	
2.1.1	Causa	6
2.1.2	Divorcio causado o con expresión de causa o causalista	6
2.1.3	Divorcio incausado o sin expresión de causa	6
2.2	Divorcio sanción y divorcio remedio	7
2.2.1	Divorcio sanción	7
2.2.1.1	Divorcio sanción regulado por catálogo causal	8
2.2.1.2	Divorcio sanción como formulación genérica	9
2.2.2	Divorcio remedio	11
2.2.2.1	Divorcio remedio regulado en una lista cerrada	12
2.2.2.2	Divorcio remedio regulado mediante cláusula normativa general	12
3.	Evolución del régimen de disolución del vínculo matrimonial en el Perú	13
3.1	Código Civil de 1852	13
3.2	Ley del matrimonio civil del 23 de diciembre de 1897	15
3.3	Decretos ley 6889 y 6890 de 1930	16
3.4	Ley 7893 del 22 de mayo de 1934	17
3.5.	Código Civil de 1936	18
3.6	Código Civil de 1984	20
3.7.	Principales proyectos de ley a favor de la introducción de la separación de hecho como causal directa o indirecta	

de divorcio	22
3.8 Dictámenes favorables a la introducción de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio	28
3.9 Ley 27945 vigente desde el 8 de julio de 2001	29
4. Régimen actual de disolución del vínculo matrimonial en el Perú	30
4.1 Régimen mixto	30
4.2 Clasificación usual	31
4.3 Clasificación propuesta	32
4.3.1 Justificación de la clasificación propuesta	33
4.3.1.1 La ETS grave como causal de divorcio remedio	33
4.3.1.2 La homosexualidad sobreviniente como causal remedio	35
4.3.1.3 Imposibilidad de hacer vida en común como divorcio sanción y como divorcio remedio	38
4.3.1.4 Separación convencional y divorcio ulterior como supuesto de divorcio incausado	40
5. Separación de hecho en el Perú	42
5.1 Definición	42
5.2 Elementos	43
5.2.1 Elemento objetivo o material	43
5.2.2 Elemento subjetivo o psicológico	46
5.2.3 Elemento temporal	48
5.3 Diferencia con la causal de abandono injustificado de la casa conyugal	49
5.4 Efectos de la separación de hecho	50
Capítulo II	
La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho regulada en el artículo 345-A del Código Civil	53
1. Antecedentes nacionales	53
2. Análisis preliminar del artículo 345-A: Planteamiento de los problemas que surgen de su texto	54
3. Breve referencia al derecho objetivo extranjero	58

4. Naturaleza jurídica de indemnización fijada para velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado	61
4.1 Naturaleza alimentaria	61
4.2 Naturaleza jurídica de responsabilidad civil o resarcitoria	62
4.2.1 Responsabilidad civil contractual	62
4.2.2 Responsabilidad civil extracontractual	63
4.2.3 De los daños usuales en la separación de hecho conforme con esta posición	65
4.2.4 Apreciación crítica de estas posiciones	67
4.3 Naturaleza jurídica de obligación legal indemnizatoria	70
4.3.1 Doctrina partidaria	70
4.3.2 El III Pleno Casatorio Civil y la naturaleza jurídica	73
4.3.3 Apreciación crítica de esta posición y (re)interpretación del artículo 345-A de conformidad a la naturaleza jurídica legal indemnizatoria	76
5. De las deficiencias del artículo 345-A del Código Civil	83
5.1 No contiene una descripción precisa que permita determinar su naturaleza jurídica	84
5.2 La aplicación de la indemnización por inestabilidad económica es restringida	85
5.3 No es clara la relación de la indemnización por inestabilidad económica con los alimentos	89
5.4 Forma prestación de la indemnización no es flexible	93
5.5 No regula criterios para la apreciación de la inestabilidad económica y la identificación del cónyuge más perjudicado	97

Capítulo III

Criterios para la verificación de la inestabilidad económica y la identificación del cónyuge más perjudicado 98

1. Situación anterior al Tercer Pleno Casatorio Civil	98
2. El Tercer Pleno Casatorio Civil	101
3. La jurisprudencia después del Pleno Casatorio	106
3.1 ¿El abandono o decisión unilateral de separación define al cónyuge más perjudicado?	106
3.2 La infidelidad como criterio pierde terreno. Propuesta para que la vida marital durante la separación de hecho sea tomada en cuenta como criterio para negar la indemnización	108
3.3 La jurisprudencia post-pleno casatorio: criterios objetivos y subjetivos confluyen	111

4. Criterios para determinar el desequilibrio económico e identificar al cónyuge más perjudicado por desequilibrio económico en sentencias extranjeras	119
5. Propuesta de criterios para determinar al cónyuge más perjudicado por la separación de hecho en el Perú	130
5.1 Patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio	130
5.1.1 Situación laboral de los cónyuges	132
5.1.2 Régimen patrimonial dentro del matrimonio	132
5.2 Decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos	134
5.3 Situación previsional y de seguridad social	135
5.4 Duración de la vida común de los cónyuges, incluida la anterior al matrimonio	137
5.4.1 Unión de hecho impropia durante la separación de hecho	138
5.5 Probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar actividad lucrativa	139
5.5.1 Edad	139
5.5.2 Estado de salud físico y mental	140
5.5.3 Instrucción y experiencia laboral	140
5.5.4 Dedicación previsible a los hijos	141
5.6 La colaboración en la actividad económica del otro cónyuge	141
5.6.1 Colaboración para la conclusión de estudios o perfeccionamiento de los mismos	143
5.7 Otras circunstancias	144
Conclusiones	145
Bibliografía	147
Resoluciones judiciales	158
Índice	160