

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE
DERECHO



**“NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN
OTORGADA AL CÓNYUGE PERJUDICADO
EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE
SEPARACIÓN DE HECHO”**

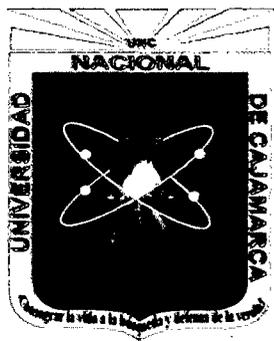
TESIS:

**PRESENTADA POR:
EDGAR RUIZ BAZÁN**

**ASESORA:
SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**

Cajamarca, Julio de 2013

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



**"NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN OTORGADA
AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR
CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO"**

TESIS:

Presentada por:

EDGAR RUIZ BAZÁN

Asesora:

SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA

Cajamarca, julio de 2013

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



**"NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN OTORGADA
AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR
CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO"**

TESIS:

Presentada por:

EDGAR RUIZ BAZÁN

Asesora:

SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA

Cajamarca, julio de 2013

DEDICATORIA:

A Dios y a mis padres, por el inmenso amor y el sacrificio magnánimo.

AGRADECIMIENTO:

A la Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga, por su valioso tiempo invertido en la asesoría académica y por el impulso permanente en aras de la culminación del presente trabajo.

A mi gran amigo, el Dr. Joel Romero Mendoza, por el constante apoyo profesional y sobre todo personal durante el desarrollo de esta tesis.

A la Asociación Civil “AD MAIORIS”, por la inmensa amistad, el tiempo académico compartido y por aquel genuino sueño de aulas universitarias que hoy se cristaliza.

"Y no es que el divorcio sea institución deseable: es que libra a los espíritus, fatalmente arrastrados a la satisfacción de sus deseos, del crimen,- ¡huésped bárbaro!

Le quita la ventura, que queda sepultada para siempre en el hogar roto, pero les deja la estimación de sí mismos"

JOSÉ MARTÍ

RESUMEN

El trabajo que se muestra, versa sobre la naturaleza jurídica de una de las consecuencias patrimoniales del divorcio por causas no inculpatorias, o mejor denominado como divorcio remedio, en específico aquél cuya causal se encuentra subsumida en el inc. 12 del artículo 333° del Código Civil peruano vigente (1984); ésta es, la causal de separación de hecho.

Así, el legislador ha establecido que a raíz de la separación de hecho, surge una consecuencia necesaria, la existencia de mayor perjuicio patrimonial en uno de los cónyuges, es por ello que en el art. 345°-A se estipula, que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación, por lo que deberá señalar una indemnización por daños. Nuestra tarea consistió en identificar la naturaleza jurídica de esa "indemnización", la cual deslinda toda vinculación con la teoría de la responsabilidad civil, pues los criterios son muy diferentes a la identificación de algún daño resarcible digno de tutela.

Sin embargo mediante el derecho comparado (doctrina italiana) consideramos que la asignación a la cual hace referencia la norma mencionada, responde a la figura de indemnización, la cual se aplica muy al margen de la existencia de factores de

atribución. La indemnización tiene su fundamento en el desequilibrio patrimonial desplegado hacia una de las partes. Es por ello que buscando imbuir en los operadores del derecho la distinción entre indemnización y resarcimiento, hemos encontrado algunas pautas, las cuales evitarán inflar los montos económicos en detrimento de los justiciables.

ABSTRACT

The following presentation deals with the legal nature of one of the consequences on property that issue from the non-inculpatory divorce (best known as divorce by mutual consent), specifically that which ground is subsumed in subparagraph 12, article 333 of the current Peruvian Civil Code (1984), that is, the ground of factual separation.

Thus, the legislator has established that because of factual separation a necessary consequence happens to occur, that is the existence of further loss of property on one of the spouses, and it is therefore stipulated in article 345-A that the court will protect the economic stability of the spouse with the further loss by means of a compensation.

Our job consisted in identifying the legal nature of such "compensation" -which rules out any link to the theory of "civil liability", since the criteria are very different to the identification of any recoverable damage, and therefore, worthy of tutelage.

Nonetheless, by means of comparative law (Italian doctrine) we consider the above mentioned rule to be corresponding to the figure of reparation, which is enforced far beyond the

existence of attribution factors. Compensation has its basis on the unbalance of property that only favors one of the parties.

This is why, in the hope to instill in the law enforcers the distinction between compensation and reparation; we have come across some guidelines, which will avoid the inflation of economic sums in the detriment of the litigants.

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág.
PRELIMINARES	
PORTADA.....	i
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
EPÍGRAFE.....	v
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	01
CAPÍTULO	
I – METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	05
1.1. Título de la Investigación.....	06
1.2. Área de la Investigación.....	06
1.3. Planteamiento del Problema.....	06
1.4. Formulación del Problema.....	11
1.5. Justificación- Fundamentación.....	12
1.5.1. Justificación Social.....	12
1.5.2. Justificación Académica.....	13
1.6. Delimitación del Problema.....	13
1.6.1. Delimitación Temática.....	13
1.6.2. Delimitación Teórica: Perspectiva Teórica.....	14
1.7. Limitaciones.....	14

1.8. Formulación de los Objetivos de la Investigación.....	15
1.8.1. Objetivo General.....	15
1.8.2. Objetivos Específicos.....	15
1.9. Formulación del Marco Teórico, Doctrinario o Conceptual.....	16
1.9.1. Antecedentes del Problema.....	16
1.9.2. Formulación del Fundamento Teórico.....	17
1.9.3. Asunciones de la Investigación.....	25
1.9.4. Definición de Términos Fundamentales.....	26
1.10. Formulación de Hipótesis.....	29
1.10.1. Hipótesis.....	29
1.11. Diseño Metodológico.....	29
1.11.1. Tipología de la Investigación.....	29
1.11.2. Enfoque de la Investigación.....	30
1.11.3. Alcance de la Investigación.....	30
1.11.4. Diseño de la Investigación.....	31
1.11.5. Método de la Investigación.....	31
1.11.6. Técnicas de la Investigación.....	31
II- EL DIVORCIO Y LA ASIGNACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO.....	32
2.1. Divorcio.....	33
2.1.1. Etimología.....	33
2.1.2. Concepto.....	33
2.1.3. El Divorcio a partir de la Iglesia.....	34

2.1.4. Evolución Histórica del Divorcio.....	36
2.1.5. Tratamiento Jurídico del Divorcio en el Perú.....	38
2.1.6. Tendencias Jurídicas del Divorcio y el Sistema Mixto Peruano	43
2.2. Separación de Hecho.....	45
2.2.1. Concepto.....	45
2.2.2. Incorporación de la Causal de Separación de Hecho y la Indemnización al Cónyuge más Perjudicado.....	47
2.2.3. La Controversia Jurisprudencial respecto a la Asignación Otorgada al Cónyuge Perjudicado en el Divorcio Remedio.....	50
2.2.4. Incongruencias del Tercer Pleno Casatorio en Materia Civil....	54
2.3. Principales Modelos Jurídicos del Civil Law Respecto a la Asignación en el Divorcio Remedio.....	56
2.3.1. Modelo Francés.....	56
2.3.2. Modelo Italiano.....	59
2.3.3. Modelo Español.....	61
2.3.3.1. Pensión Compensatoria.....	61
2.3.4. Modelo Chileno.....	65
2.4. Afinidad Peruana hacia el Modelo Argentino.....	67
III- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN OTORGADA AL CÓNYUGE PERJUDICADO.....	71
3.1. Concepto de Naturaleza Jurídica.....	72
3.2. Asistencial o Alimenticia.....	74
3.2.1. Italia.....	75
3.2.2. España.....	76

3.2.3. Argentina.....	77
3.3. Responsabilidad Civil.....	82
3.3.1. Concepto y Funciones de la Responsabilidad Civil.....	82
3.3.2. Daño.....	88
3.3.2.1. Concepto.....	88
3.3.2.2. Daño Patrimonial.....	88
Daño Emergente.....	89
Lucro Cesante.....	90
3.3.2.3. Daño Extrapatrimonial.....	91
Daño Psicosomático.....	91
Daño Moral.....	93
Daño al Proyecto de Vida.....	94
3.3.3. Antijuridicidad.....	98
3.3.4. Nexos de Causalidad.....	99
3.3.5. Factores de Atribución.....	100
3.4. Indemnización por Sacrificio.....	106
IV- INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO.....	110
4.1. Indemnización.....	112
4.2. Resarcimiento.....	113
CONCLUSIONES.....	120
LISTA DE REFERENCIAS.....	122

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, es el resultado del estudio de uno de los temas más controvertidos en el derecho de familia, cuyos debates han sido hasta ahora, no precisamente pocos, ni han llegado a respuestas contundentes, jurisprudencialmente hablando.

Se trata de la figura jurídica incluida en el artículo 345°-A del Código Civil vigente, denominada textualmente "indemnización por el perjuicio a raíz del divorcio por causal de separación de hecho", cuyo desarrollo jurídico en nuestro sistema, ha sido más que deficiente, haciendo que los operadores del derecho confundan terminologías importantes, lo que conduce a inflar montos económicos en nombre de la responsabilidad civil y de la llamada tutela personalista, cada vez más confiscatoria, si es que cabe el término.

El precario tratamiento legal en nuestro medio, además de la tan arraigada identificación del término "indemnización" con la Teoría de la Responsabilidad Civil, y del oscuro panorama que el Tercer Pleno Casatorio en materia civil (Cas. N° 4664-2010-Puno) ha dejado; han conducido a un atraso considerable respecto a otros sistemas jurídicos

latinoamericanos, cuya visión por lo menos, ha tratado de encontrar algunas respuestas al problema desde lo doctrinario, aunque siempre con las limitaciones características de los ordenamientos en esta parte del mundo.

Por ello, este estudio trata de escudriñar la verdadera naturaleza jurídica de la asignación en caso de perjuicio, a fin de alcanzar una pertinente y eficaz protección una vez acaecido el desnivel patrimonial a raíz del divorcio por separación de hecho. Así también, busca identificar los alcances de los conceptos: indemnización y resarcimiento, desde el análisis comparado de los sistemas fuente del derecho civil, a efectos de su correcta aplicación no sólo en el derecho de familia sino en las demás ramas de nuestro sistema, creando de tal modo, una conciencia terminológica adecuada.

De esta manera, en el primer capítulo, como una cuestión preliminar, expondremos los aspectos metodológicos de la presente investigación; principalmente lo que concierne al marco teórico, formulación y planteamiento del problema, propósito y justificación, hipótesis, objetivos, entre otros.

En el segundo capítulo, expondremos aspectos generales de la institución del divorcio y analizaremos desde una perspectiva crítica la configuración de la llamada

"indemnización en el divorcio remedio", desde el formante legal y jurisprudencial en el derecho nacional; además, retrotrayéndonos hacia el origen de esta figura, utilizaremos el estudio comparado a fin de identificar las similitudes y diferencias respecto a los principales modelos jurídicos del civil law, entre los cuales destacan: el francés, el italiano y el español

Luego, en el tercer capítulo nos avocamos a explorar los alcances que se han venido dando, respecto a la naturaleza de la asignación por el perjuicio causado en el divorcio por separación de hecho; las aproximaciones respecto a su identificación con figuras como la pensión alimenticia, el resarcimiento por existencia de responsabilidad civil y la indemnización por sacrificio.

Por último, en el cuarto capítulo tratará analizaremos las figuras de indemnización y resarcimiento, verificando aspectos de su estudio en el derecho europeo, haciendo hincapié en la confusión peruana para la correcta acuñación, interpretación y aplicación de éstas; lo cual repercute no sólo en una rama del derecho sino en todas aquellas que refieren estos términos.

Así, con la finalidad de que el lector tenga mayores y mejores herramientas para el cuestionamiento de procesos, en

los cuales se vienen inflando innecesariamente los montos económicos, esperamos que este trabajo sea de tal provecho y sujeto a crítica, la misma que, en esta hermosa profesión, es uno de los aspectos que coadyuvan a incrementar el intelecto y encontrar soluciones.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Título de la Investigación

"NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN OTORGADA AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO"

1.2. Área de Investigación

Derecho Civil: Derecho de Familia y Responsabilidad Civil.

1.3. Planteamiento del Problema

La institución del divorcio tiene sus orígenes en el derecho romano, conocida con la voz latina "*Divortium*", históricamente, se han acentuado dos tendencias marcadas, en virtud de las cuales se intenta sustentar el divorcio como un medio legalmente válido para la culminación del vínculo matrimonial, las cuales son conocidas como: divorcio sanción y divorcio remedio.

La doctrina, concuerda que la idea fundamental de divorcio remedio, es que no se conciba al divorcio como una sanción (cónyuge culpable y cónyuge inocente) atribuida a uno de los cónyuges por infracción de sus deberes matrimoniales, sino

propriadamente como una salida, reservada para los casos en los que el conflicto ha llegado a tal nivel de agravamiento que hace imposible la vida marital.

Parece ser, que en el Perú, estas ideas primigenias y, en percepción, tan sencillas de comprender, no suelen ser tan claras, debido a lo siguiente:

El divorcio por separación de hecho (art. 333. Inc. 12 del Código Civil), es la típica causal de divorcio remedio, criterio entendido someramente por nuestra legislación y por el sistema jurídico en general; decimos esto, pues al interponer una demanda de divorcio, la pretensión basada en esta causal debe importar, la total inobservancia por parte del juez, de cualquier tipo de factores de atribución de responsabilidad; siendo que, el divorcio remedio refiere, solamente, la remisión estricta a factores: 1) Objetivo: rompimiento del deber de cohabitación, 2) Subjetivo: Negativa de retomar la convivencia, 3) Temporal: período requerido de separación de hecho (2 años cuando no se cuenta con hijos menores y 4 cuando sí se los tiene).

Ahora bien, en el segundo y tercer párrafo del art. 345°-A del Código Civil, se establece lo siguiente: "(...) 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 pudiere 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”.

Como se puede apreciar, la asignación económica que se ordena otorgar al cónyuge perjudicado, engloba conceptos referidos a la teoría de la responsabilidad civil, tales como daño moral, el inoperante daño a la persona, el cuestionado daño al proyecto de vida, no excluyendo de ningún modo la posibilidad de resarcir el daño patrimonial. Asimismo dicha disposición concuerda su aplicación con los arts. 324° y 351° los mismos que incluyen los términos: cónyuge culpable e inocente respectivamente.

Atendiendo a estos criterios, la interpretación jurisdiccional y en consecuencia, muchas sentencias han inflado montos económicos en base a la responsabilidad civil, llegando- en el afán de identificar factores de atribución-

al extremo de establecer criterios de responsabilidad extracontractual¹.

Con fecha 18 de marzo de 2011, los señores Jueces Supremos de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, expedieron una sentencia, en el Tercer Pleno Casatorio en materia civil de nuestra historia, casación signada con el N° 4664-2010- Puno, cuyos actores fueron: René Huaquipaco Hanco (demandante) y demandada (Catalina Ortiz Velasco).

Con el fin de desvirtuar, de algún modo, la verificación judicial de factores de atribución subjetivos como el dolo o la culpa en el divorcio remedio, en el acápite 39 se menciona: "(...) la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (...) sino solo del hecho objetivo de la separación por un tiempo indeterminado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causales que lo motivaron(...)"

¹ La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009- Cajamarca, publicada el 31 de mayo de 2010, en la que sostiene: "Que, tradicionalmente este fallo se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto social judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro".

Sin embargo en acápite como el 34, contrariamente se estipula: "La naturaleza *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, (...). De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, (...), en tal sentido, el juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir. (...)" (sombreado y subrayado nuestros).

O también, el fundamento 45, de la siguiente forma: "La norma bajo análisis, agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes: a) (...) que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (...), b) Asimismo el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procederán de los bienes del otro (...)" (sombreado y subrayado nuestros)

En vez de solucionar el problema, lo han acrecentado, pues el fallo expresa claramente su carácter vinculante, y aun cuando un juez pueda apartarse de tal precedente motivando su

1.5. Justificación - Fundamentación

Esta tesis es de suma importancia dado que aborda un tema que atañe no sólo a la administración justicia sino también a los académicos y principalmente a los justiciables. A su vez resulta ser un tema controvertido, en tanto la deficiente técnica legislativa y su correlacional análisis interpretativo, inciden negativamente en las decisiones judiciales, inobservando el derecho comparado y su método histórico, lo cual ha conducido a inflar montos económicos innecesariamente, en consecuencia convirtiendo al divorcio remedio en un castigo más y no una solución. De este modo, la presente investigación postula ser un trabajo de descripción y análisis en aras de dar visos de solución a tal controversia, distinguiendo para ello:

1.5.1. Justificación Social

Por cuanto, la presente investigación, analiza una problemática que atañe a la Administración de Justicia y por ende a los justiciables.

1.5.2. Justificación Académica

Puesto que aborda la problemática tratada desde un punto de vista académico, doctrinario y jurisprudencial.

1.6. Delimitación del Problema

1.6.1. Delimitación Temática

Dentro del derecho de familia, el presente trabajo trata sobre una de las consecuencias patrimoniales del divorcio por la causal de separación de hecho, ésta es, la asignación económica otorgada al cónyuge perjudicado.

A efectos de no inflar el monto económico en base a criterios de la responsabilidad civil, es necesario identificar la naturaleza jurídica de tal asignación, a partir del origen de figuras como indemnización, resarcimiento, pensión compensatoria, etc.

1.6.2. Delimitación Teórica: Perspectiva Teórica

Para abordar el presente estudio nos hemos ubicado dentro de una concepción dogmática - jurídica que identifica a dos figuras definidas: resarcimiento (responsabilidad civil) e indemnización (desequilibrio patrimonial). Dr. Leysser León Hilario y Dr. Rómulo Morales Hervias.

1.7. Limitaciones

La principal ha sido la escasa bibliografía para el estudio de la figuras de indemnización y resarcimiento, desde sus orígenes en el idioma español, puesto que la mayoría del tratamiento doctrinario se encuentra plasmado en idiomas diferentes al nuestro.

1.8. Formulación de los Objetivos de la Investigación

1.8.1. Objetivo General

Determinar la naturaleza jurídica de la asignación otorgada al cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho.

1.8.2. Objetivos Específicos

- Identificar las diferencias existentes entre la asignación por el perjuicio y figuras como: asistencia alimenticia y resarcimiento de daños.
- Analizar la pertinencia de la teoría de responsabilidad civil en el divorcio por la causal de separación de hecho.
- Establecer los criterios diferenciadores de las figuras indemnización y resarcimiento desde su origen aplicativo.

1.9. Formulación del Marco Teórico, Doctrinario o Conceptual

1.9.1. Antecedentes del Problema

El Dr. Rómulo Morales Hervias, abogado por la Universidad de Lima y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, desarrolla un breve artículo referente a la diferencia sustancial entre resarcimiento del daño moral y la indemnización del desequilibrio económico del cónyuge perjudicado, de dicha investigación se puede destacar:

¿Qué Caracteriza a las Obligaciones Indemnizatorias?

Lo que caracteriza tales hipótesis "es el hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente permanente, de la esfera jurídica de los dos sujetos, con incremento de la una sobre la 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" (Morales Hervias 2011, 49)².

En base a esta postura, podremos entender que no es lo mismo indemnización que resarcimiento, pues esta última terminología está reservada para la responsabilidad civil.

1.9.2. Formulación del Fundamento Teórico

El matrimonio es una institución jurídica que nuestro ordenamiento la define en el artículo 234° del Código Civil como "La unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común", siendo ello a partir del matrimonio surgen deberes y derechos entre los cónyuges y respecto de los hijos, si es que los procrean, dichos deberes son: fidelidad, asistencia, cohabitación.

Sin embargo, cuando se incumplen uno o más deberes mencionados, viéndose de tal forma, frustrada la vida en común; los cónyuges pueden considerar que el vínculo iniciado a través del matrimonio ya no puede continuar. De este modo, existe en nuestro ordenamiento jurídico dos tipos de

² En el presente trabajo se utilizará el método de citas de *referencia parentética* de KATE TURABIAN.

alternativas para los aún esposos: la separación de cuerpos, y el divorcio (este último en sus vertientes doctrinarias: sanción, remedio y convencional)

El presente trabajo, trata sobre una de las consecuencias patrimoniales del divorcio remedio (causal de separación de hecho), en específico, la asignación otorgada al cónyuge perjudicado con el divorcio.

Entender entonces, que el término mencionado en el art. 345-A es "INDEMNIZACIÓN", vinculado en esta norma con elementos propios de la responsabilidad civil, la tarea es deslindar dicha terminología en su naturaleza jurídica, identificar su correcta aplicación y diferenciarla del "RESARCIMIENTO" el cual sí se aplica a la responsabilidad civil.

Resarcimiento

En palabras del Dr. Rómulo Morales Hervias, resarcir, significa "retirar el daño y el monto resarcitorio implica una prestación equivalente a ese daño a fin de suprimirlo" (Morales Hervias 2011,54). Es decir, resarcimiento implica una desaparición del daño, se podría entender disgregando tal término RE- SARCIR (re- parar, volver a hacer o volver a

parar), por consiguiente solo puede ser resarcido aquello que puede reemplazarse con algo similar o equivalente.

Ese es el concepto primigenio de resarcimiento, adoptado por las principales doctrinas europeas; es por ello que sólo era considerado resarcible aquello que podría reemplazarse (consecuencias patrimoniales), eliminando de este modo el daño; así pues, a fines del siglo XIX, uno de los mejores y primeros tratadistas del daño moral, el profesor italiano Carlo Francesco Gabba, mencionaba lo siguiente:

El resarcimiento del daño moral es sencillamente una "imposibilidad jurídica", Pero el autor italiano se cuida de exigir la "necesaria distinción entre perjuicios a la persona que son resarcibles, en cuanto daños patrimoniales indirectos (muertes o heridas) y daños morales irresarcibles, porque no son capaces de lesionar el patrimonio, ni tampoco un objeto exterior y visible (disminución de valores personales, físicos o morales; dolores físicos o sufrimientos de ánimo; privación de ventajas morales) (León Hilario L. 2003, 12).

Posteriormente, y alcanzando la responsabilidad civil más arraigo en los estudios de juristas europeos, se fortalece en base a su funcionalidad, de este modo, el profesor italiano L. Corsaro, explica de esta forma:

"La responsabilidad civil cumple funciones de: reparación (o reintegración), porque aspira a "reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza

económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)"; de prevención, "en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros"; de punición, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de distribución, porque "la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido"(León Leysser L. 2003, 15-16).

Refiriéndose al resarcimiento del daño moral, Adolfo DI MAJO, refiere que la función no es reparadora, sino que cumple una función compuesta, porque, "por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un beneficio económico -y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin- y, por otro lado, para sancionar el comportamiento del responsable de la infracción".

Actualmente se habla de una función consolatoria-punitiva, cuya finalidad es quizá, en palabras de Giovanni Bonilini "aquietar el sentimiento de venganza del sujeto

lesionado, mediante la punición del culpable" (Morales Hervias 2011, 53).

Indemnización

En castellano, "indemnizar" es sinónimo de "resarcir" (según la 22^a. ed. del Diccionario de la RAE). En alemán se distingue entre Schadensersatz y Entschädigung, y lo mismo, por derivación, en italiano, indennità y risarcimento (y también existe indennizo). Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos, risarcimento es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños, indennità es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido justificado, etc. (León Leysser L. 2003, 17).

Así también, el profesor italiano Cesare Salvi, en su libro "La responsabilità civile", refiere en cuanto a las obligaciones indemnizatorias, lo siguiente:

"Lo que caracteriza a tales hipótesis (obligaciones indemnizatorias)...es el hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente

permanente, de la esfera jurídica de dos sujetos, con incremento de una sobre la 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" (Morales Hervias 2011, 49).

Asignación Económica al Cónyuge Perjudicado

La doctrina del divorcio remedio, surgió, no para castigar a un culpable, atribuyéndole consecuencias personales y patrimoniales una vez acaecido el divorcio; sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales, siendo este caso (el de la separación de hecho) introducido en nuestro sistema civil mediante Ley N° 27495.

Los factores de atribución de culpabilidad en esta teoría no son aplicables, por ello no se entiende como el art. 345-A del Código Civil remite a conceptos propios de la responsabilidad civil, no es pues una responsabilidad civil especial, como mencionan destacados juristas nacionales como el profesor Alex Plácido, pues solamente puede hablarse de responsabilidad civil en el divorcio sanción, tal como se da en Argentina; así lo explica el Dr. Kiper:

"En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el **cónyuge culpable**, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio" (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 39).

Marisa Herrera, afirma que los conceptos de "inocencia" y "culpabilidad" están reservados o son propios del campo del divorcio sanción y no del divorcio remedio. La ley al habilitar a uno de los cónyuges dejar salvada su inocencia, estaría permitiendo la transformación del divorcio remedio en un divorcio sanción (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 55).

Poco a poco la doctrina minoritaria argentina, pero a nuestro parecer, la más acertada, considera al divorcio sanción, una vertiente que va en contra de la dignidad humana, pues permite exponer las más recónditas aflicciones ante un tercero.

Sin embargo, contiene una figura peculiar, denominada "ALIMENTOS AMPLIOS" estipulada en el art. 207 del Código Civil de ese país, en el cual se establece: "El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos"; y toma en cuenta para la fijación de

la misma, consecuencias similares a la pensión compensatoria del derecho español.

Esta última figura del derecho argentino denota una suerte de acercamiento a la pensión compensatoria, sin embargo, a criterio nuestro, contiene implícitamente el factor de atribución de culpabilidad, lo cual es contraproducente, pues la figura española debe ser aplicada solamente al divorcio remedio, ya que los fundamentos para la fijación del monto no se basan en la responsabilidad civil.

Desde nuestra perspectiva, y ya analizando el sistema peruano, el resarcimiento sólo es susceptible de aplicarse al divorcio sanción, puesto que es allí donde el juez analiza factores de atribución. Sin embargo acaecido el divorcio por causal de separación de hecho, lo que acontece, es la existencia de un desequilibrio patrimonial, en relación al estatus favorable ostentando en el matrimonio. Es por esa razón que el juez debe fijar un monto económico a título de indemnización, tal como es la pensión compensatoria del derecho español, y figuras similares en Francia, Italia, Chile.

El profesor argentino Mauricio Mizrahi, destaca la importancia de la pensión compensatoria, siendo para él, la única consecuencia económica que debería surgir acaecido un

divorcio de cualquier tipo. Así, citando a Campuzano, Pereda y Vega Sala, expresa:

"La pensión compensatoria es aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre - debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal" (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 41).

1.9.3. Asunciones de la investigación

- Para efectos del presente trabajo se utilizará el término "asignación" cuando se haga alusión al nombre acuñado como "indemnización" en el artículo 345-A del código civil peruano vigente, debido a que precisamente trataremos de identificar la naturaleza jurídica de tal "indemnización" y verificar la pertinencia de su denominación.
- Cuando se utilice solamente la expresión: "Código Civil", se entenderá como tal, al código civil peruano vigente (año de promulgación 1984).

- Para mayor practicidad, cuando queramos referirnos a la palabra "artículo", en cuanto disposición normativa numerada contenida en un cuerpo legal, se utilizará en ciertas ocasiones la abreviatura "art."

1.9.4. Definición de términos fundamentales

Matrimonio como acto

Según el art. 234° del código civil peruano, es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella, a fin de hacer vida en común.

Divorcio

El divorcio es una institución jurídica que disuelve el vínculo matrimonial (art. 348° Código Civil), pone fin a los derechos y deberes personales y patrimoniales entre los cónyuges; subsistiendo aquéllos, respecto de los hijos comunes, y según el caso, los derechos y deberes alimentarios y compensatorios entre los ex cónyuges.

Separación de Hecho

Según el Diccionario Jurídico Omeba la conceptúa como aquella: "situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna lo imponga y ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos".

Pensión Compensatoria

Es el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente a otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas".

Divorcio Sanción

Es aquel que considera solo a uno de los cónyuges - o a ambos- como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el juez

valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

Divorcio Remedio

Es aquel en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las artes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio.

1.10. Formulación de Hipótesis

1.10.1. Hipótesis

La naturaleza jurídica de la asignación al cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, es ser una INDEMNIZACIÓN, derivada de una obligación legal, distinta al RESARCIMIENTO.

1.11. Diseño Metodológico

1.11.1. Tipología de la investigación

La presente investigación es de tipo proyectivo- ex post facto, pues parte de acontecimientos ya realizados (aquellas asignaciones ya otorgadas por mandato judicial) que arribó al tercer Pleno Casatorio en materia civil.

1.11.2. Enfoque de la investigación

Nuestro estudio utiliza un enfoque cualitativo, pues el objeto de investigación se remite a cuestiones dogmáticas, y no lleva consigo muestras estadísticas.

1.11.3. Alcance de la investigación

Investigación Descriptiva

De acuerdo a la naturaleza de nuestra investigación, el presente trabajo es descriptivo, ya que se preocupa en detallar las implicancias actuales del problema planteado.

Investigación Explicativa

El presente trabajo también se ocupará de explicar las razones por las cuales, el art. 345-A del código civil carece de técnica legislativa, y por qué jurisprudencialmente permanecen las confusiones conceptuales.

1.11.4. Diseño de la investigación

Nuestra investigación emplea un diseño no experimental, específicamente proyectivo ex post facto; puesto que, el estudio se realiza en base a una norma ya establecida (art. 345-A del Código Civil), además de alcances jurisprudenciales ya emitidos en virtud a dicha disposición.

1.11.5. Método de la investigación

El método utilizado es el dogmático- analítico de origen histórico, aplicando en estricto el Derecho Comparado.

1.11.6. Técnicas de la investigación

- Análisis de contenidos documentarios.
- Fichaje documentario

CAPITULO II

EL DIVORCIO Y LA ASIGNACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO

2.1. Divorcio

2.1.1. Etimología

El divorcio, como vía del derecho usada para desunir a la pareja casada halla su primera aproximación conceptual de origen etimológico en el vocablo latino *divortium*, cuya traducción, en buen romance, evoca separación, división, ruptura o disolución (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 287).

2.1.2. Concepto

El profesor Héctor Cornejo Chávez refiere en cortas palabras: "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 Chávez 1999, 323).

A decir de Álex Plácido Vilcachagua: "El divorcio determina la disolución del vínculo matrimonial; cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades; determina la pérdida por el cónyuge culpable de

los gananciales que proceden de los bienes del inocente; provoca la extinción de la vocación hereditaria entre ellos; y, posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por daño moral" (Plácido Vilcachagua 2001, 212).

Sin embargo, consideramos que el Dr. Plácido, conceptúa al divorcio desde una tendencia más alineada a las causales inculpatorias, dejando de lado lo referido al divorcio remedio; por ello, nos atrevemos a esbozar un concepto que comprenda las dos vertientes doctrinarias, de la siguiente manera:

El divorcio es una institución jurídica que disuelve el vínculo matrimonial (art. 348° Código Civil), pone fin a los derechos y deberes personales y patrimoniales entre los cónyuges; subsistiendo aquéllos respecto de los hijos comunes, y según el caso, los derechos y deberes alimentarios y compensatorios entre los ex cónyuges, además de recobrar los ex consortes, la aptitud nupcial.

2.1.3. El Divorcio a Partir de la Iglesia

En los tiempos bíblicos, la ley de Moisés permitía repudiar a las mujeres, que era como dar carta de divorcio, pero era un derecho reconocido solamente a los hombres. Es

posible que el patriarca tomara esa costumbre de la sociedad egipcia, donde se practicaba. El mismo Abraham pidió el repudio-divorcio de Sara a pesar de que su mismo Dios le había profetizado que ésta sería madre. (Revista Impar pág.1)

Daniel Nolasco y Nelson Castillo Ogando, nos ilustran de la siguiente manera:

"El divorcio siempre ha sido visto con ojeriza o aversión visceral, aunque sabido es hasta la saciedad, que tal repulsa vino a cobrar bríos inusitados durante la Edad Media cuando el matrimonio llegó a ser instituido como uno de los siete sacramentos que tienden a situar en su justa dimensión la fe cristiana patrocinada por la Iglesia Católica.

A través de la tradición bíblica se puede llegar a constatar que la ley mosaica o deuteronomica hubo de permitir el divorcio a causa de la dureza del corazón de la gente. Así, tanto en el antiguo como en el nuevo testamento, se suele recrear algunos pasajes de las Sagradas Escrituras para hacer saber que cuando existiere, a propósito de algo torpe de la mujer, desagrado, el marido podía dar a la esposa carta de repudio o de divorcio.

En la decodificación del mensaje escatológico de la Biblia, los exégetas de las Sagradas Escrituras sostienen que aquello desagradable para el marido no era otra cosa que la indecencia, infidelidad e inmoralidad de la mujer, lo cual podía ser puesto en evidencia a través de la fornicación prematrimonial, descubierta por el cónyuge luego de contraer nupcias, y del adulterio, siendo tales causas a la sazón, las únicas que daban lugar a la entrega de la carta de repudio o de divorcio en contra de la esposa" (Acedo Penco- Pérez Gallardo 2009, 286-287).

2.1.4. Evolución Histórica del Divorcio

Los Profesores Daniel Nolasco y Nelson Castillo Ogando, nos brindan una breve reseña histórica de la institución del divorcio:

"Tanto en la época romana de corte primitivo como de cuño gentilicio, el emparentamiento entre un hombre y una mujer era un asunto carente de contenido erótico. Esto así, porque a la sazón, tal nexa marital tenía la finalidad, ora la subsistencia humana, o bien la perpetración del culto doméstico a través de la descendencia. En Adición, en tales épocas pretéritas, el casamiento, más que una decisión recíproca de la pareja, vino a ser un pacto familiar entre hombres, toda vez que las congéneres de Eva en ese estadio de evolución social eran pasibles de cosificación por estar consideradas como personas *alieni juris* o como cosas menores. De ello se deriva por mera intuición que haya cabida para descartar que el divorcio, bajo el susodicho cuadro de correlatos empíricos, pudiera existir como institución jurídica.

En las postrimerías de la época republicana de origen romano cuando el emparentamiento entre un hombre y una mujer solía darse sobre la base de la *afectio maritalis* y la simple cohabitación, el divorcio, *prima facie*, empezó a usarse entre la gente de estratificación plebeya, pero, a fuerza de la práctica consuetudinaria, pasó a tener aplicación general, hasta el punto de llegar a ser tan común como el matrimonio en sí.

El período de la Edad Media trae consigo nuevos paradigmas. Verbigracia, el principio de libertad matrimonial bajo el amparo dogmático del consensualismo de los contrayentes, cuyo posterior resultado fue la aparición en ciernes de la teoría contractual del vínculo conyugal; en la escena jurídica se puso en rodaje el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, y a la postre, dejar sentado, a través del derecho canónico,

que el casamiento era una de los siete sacramentos, se instituyó la corriente doctrinal que vino a configurar la unión nupcial como indisoluble, hasta el punto que bajo el socaire de tal tesis jurídica el divorcio quedó aniquilado como vía de disolución matrimonial.

A raíz del triunfo de la revolución del otrora país galo, acaecido en 1789, el divorcio como vía de extinción del casamiento tuvo una vigencia de corta duración, pues luego de la codificación decimonónica, máxime la prevista en el Código Civil napoleónico, guiado por el derecho canónico, se reintrodujo en el derecho positivo de origen francés el principio que versa sobre la indisolubilidad del matrimonio, aunque al margen del rigor de antaño, toda vez que a partir de ahí el descasamiento vincular vino a ser admitido por causas determinadas, cuya enumeración era estrictamente establecida en la legislación civil.

A *posteriori*, a través de la Ley del 8 de mayo de 1816, los epígonos a ultranza de las ideas confesionales de cuño católico consignaron la prohibición de la disolución matrimonial por medio del divorcio, lo cual perduró así hasta 1884 cuando otra legislación produjo el restablecimiento de tal vía de derecho para poner fin al conflicto conyugal.

De ahí que en nuestros días el matrimonio como institución estructural de la familia deja de basarse en el sacrificio y la renuncia de las aspiraciones personales para estribarse en un manajo de compensación recíproca entre los cónyuges; en tanto que ambos interactúan sobre el proyecto individual de cada uno de ellos y sobre la empresa de vida común que llevan en razón del casamiento contraído (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 287-288).

2.1.5. Tratamiento Jurídico del Divorcio en el Perú

Código Civil de 1852

Este cuerpo legislativo no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos:

"Artículo 191. Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial".

Era el artículo 192 el que estipulaba taxativamente las trece causales por las cuales podía obtenerse este divorcio-separación, a saber:

1. El adulterio de la mujer.
2. El concubinato, o la incontinencia pública del marido.
3. La sevicia o trato cruel.
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
5. El odio capital de uno de ellos, manifestando por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas.
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad.
7. Negar el marido los alimentos de la mujer.

8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas, a seguir a su marido.
9. Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.
12. Una enfermedad crónica o contagiosa.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

Dicho código, como es de verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el Derecho Español y Canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monogámico e indisoluble, sustentándose por ello una actitud plenamente antidivorcista.

Leyes Especiales

Posteriormente, en diciembre de 1897, se establece el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesaran la religión católica pudieran

contraer matrimonio, sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio del Trento.

Es en el siglo XX, en 1930 y mediante los Decretos Leyes N° 6889 y 6890 del 4 y 8 de octubre de ese año, que se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la República, introduciéndose además del divorcio absoluto en nuestra legislación, lo que significó para entonces la asunción de una alternativa legal de "avanzada", que generó en su momento más de una discusión.

El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley N° 7.894, por la cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal más de divorcio.

Código Civil de 1936

Durante esos años, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el proyecto de lo que sería el Código Civil de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil,

dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las Leyes 7.893 y 7.894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

Como puede apreciarse, el Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon, pero presente por imposición del Ejecutivo de ese momento; admitía el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el artículo 247 incisos 1° al 9° de carácter específico, aunque además consentía el mutuo disenso como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión al divorcio.

Código Civil de 1984

El Decreto Supremo N°95 del 1° de marzo de 1965, estableció la comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquél Código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto del libro de Familia, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la Institución del divorcio, razón por la que no

introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances.

El Código Civil de 1984 estableció originalmente en relación con su aspecto litigioso, en el artículo 333 del Código Civil diez causales de divorcio (Acedo Penco- Pérez Gallardo 2009, 525-528); las mismas que posteriormente aumentaron, siendo actualmente un número de trece, acogiendo como en la mayoría de legislaciones, un sistema mixto (sanción y remedio)³.

³ - Art. 333° : "Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
 3. El atentado contra la vida del cónyuge.
 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347°.
 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
 10. La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335°.
 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
- Las mismas causales de la separación de cuerpos se aplican al divorcio vincular (art. 349° del Código Civil).

2.1.6. Tendencias Jurídicas del Divorcio y el Sistema Mixto Peruano

En el derecho comparado, se han afirmado dos teorías o tendencias bien marcadas y hasta cierto punto antagónicas, en virtud de las cuales se intenta sustentar y justificar, desde sus enfoques, el divorcio como un medio legalmente válido para dar culminación al vínculo o nexo matrimonial. Entre las tendencias pacíficamente aceptadas por la doctrina y que han encontrado mayor reconocimiento legislativo en muchos ordenamientos del **civil law**, son las conocidas como: divorcio- sanción y divorcio remedio.

En efecto, para la doctrina mayoritaria, estas concepciones no son otras cosas que modos de explicar jurídica y socialmente la propensión normativa del divorcio en los ordenamientos, como un medio para dar solución a los problemas del matrimonio. Así, conviene recordar que en un primer momento fue la tendencia del divorcio- sanción, la que históricamente alcanzó mayor reconocimiento en gran parte de las legislaciones de Europa Occidental⁴ y en particular en los Códigos Civiles de Latinoamérica. Recientemente desde fines del siglo XX, es cuando se viene aceptando y

⁴ Uno de los más antiguos referentes de influencia normativa de la concepción divorcio- sanción, lo ubicamos en Francia, en donde Alfredo Naquet consigue que se apruebe una ley de divorcio el 19 de julio de 1884 (Ley Naquet); pero únicamente, permitía el divorcio, fundado en causas graves atribuibles al cónyuge culpable a modo de sanción, no bastando solamente la imposición de continuar con la vida conyugal.

reglamentando, en varios sistemas jurídicos, una nueva tendencia conocida con la denominación de divorcio-remedio (Alfaro Valverde 2011, 18).

La doctrina mayoritaria, acepta que la idea fundamental del divorcio remedio, es que no se conciba al divorcio como una sanción (cónyuge culpable y cónyuge inocente) frente al incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes matrimoniales, sino propiamente como una salida, reservada para los casos en los que el conflicto ha llegado a tal nivel de agravamiento que hace imposible la continuación del matrimonio.

En el derecho peruano, se presenta la comunión de causales de divorcio sanción y remedio en un mismo sistema, por lo que se afirma que nos encontramos ante un sistema mixto. Sobre el particular, resultan algo esclarecedoras, aunque no del todo, las precisiones que hace la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al diferenciar los referidos modelos y sus diversos fundamentos que conviven en nuestro sistema jurídico. Al respecto, expresa:

“Que, en ese marco, pueden presentarse las siguientes situaciones: 1) que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada “divorcio- sanción”, contempladas en los acápite primero al séptimo y décimo del artículo 333

del Código Civil; 2) que accione el cónyuge no perjudicado, buscando solucionar una situación conflictiva, siempre y cuando no se sustente en hecho propio, conforme a los supuestos regulados en los incisos 8,9 y 11 del artículo 333 citado, enmarcados dentro de la teoría conocida como "divorcio-remedio"; y 3) que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar, al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso que contempla el inciso 12 del citado artículo 333 y que también pertenece a la teoría del "divorcio remedio", en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales, siendo este último caso (el de la separación de hecho) introducido en nuestro sistema civil mediante Ley N° 27495 (...)”⁵.

2.2. Separación de Hecho

2.2.1. Concepto

El *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* dirigida por el Jurista Guillermo Cabanellas, la entiende de la siguiente manera:

“Al hablar de separación de hecho se entiende por antonomasia la del marido y la mujer, aun estando justificada, como el trabajo, el desempeño de cargos públicos en lugares distantes, los viajes, la enfermedad que requiere internamiento, la reclusión penitenciaria y el abandono unilateral de la familia. Sin embargo, cual

⁵ Cas. N° 1358-2005. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, 30 de octubre de 2006.

tecnicismo jurídico se reserva para la ruptura de la convivencia entre los consortes por iniciativa de uno de ellos o por convenio entre ambos, que tiende a prolongarse e incluso tornarse definitiva" (Cabanellas 2005, 387).

Aída Kemelmajer de Carlucci, conceptúa a la separación de hecho como el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos (Acedo Penco- Pérez Gallardo 2009, 54).

En palabras de Alex Plácido:

"La separación de hecho implica el incumplimiento de uno de los deberes conyugales adquiridos de forma voluntaria con el matrimonio, el deber de cohabitación cuya inobservancia, sólo se justifica a través de un pronunciamiento judicial en ese sentido, ya sea mediante sentencia que declara la separación de cuerpos, en situaciones extremas como en el caso del artículo 289° del Código Civil o en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, sin embargo, con la separación de hecho, esta regla ha sido inobservada de forma descomunal pues sin existir un pronunciamiento judicial, uno o ambos cónyuges deciden incumplir dicho deber, generándose así una situación de inestabilidad que el derecho no puede tolerar y ante la cual se ofrece la **solución** de incorporarla como causal de separación de cuerpos y divorcio" (Plácido Vilcachagua 2008, 48).

De esta manera, podríamos decir que el divorcio por causal de separación de hecho importa una situación fáctica, el

rompimiento permanente o acumulado del deber de cohabitación, el cual, si bien es cierto puede tener como origen causas inculpatorias de uno o ambos cónyuges, éstas no son ventiladas por ellos, pues lo que se busca es hacer formal una situación factual. Por tanto, requiere de la existencia de tres requisitos: 1) Objetivo: rompimiento del deber de cohabitación, 2) Subjetivo: Negativa de retomar la convivencia, 3) Temporal: período requerido de separación de hecho (2 años cuando no se cuenta con hijos menores y 4, cuando sí se los tiene).

2.2.2. Incorporación de la Causal de Separación de Hecho y la Indemnización al Cónyuge más Perjudicado

La incorporación de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio, ha sido un tema que venía siendo para muchos una necesidad urgente que atender, ya tratada en el Congreso de la República a través de los proyectos ley N° 1716/96-CR, 1729/96-CR, 2107/96-CR, 2552/96-CR, 3096/97-CR (Varsi Rospigliosi 2004, 41-45); sin embargo es recién en el año 1999 con las propuestas de las comisiones de Justicia, Reformas de Códigos y de la Mujer y Desarrollo Humano que el debate logra mayor notoriedad.

Luego de la propuesta la iniciativa legislativa, la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, emitió una opinión escrita y la defendió la Comisión de Justicia del Congreso el 13 de octubre de 1999, en la cual resaltaron el papel protagónico que la mujer cumple en aquellas familias que han sufrido la sustracción del jefe del hogar, ya sea por separación o abandono, frente a lo cual, ésta debe asumir las cargas propias del hogar como el cuidado, manutención de los hijos y los gastos del hogar, quedando imposibilitadas de formalizar una nueva relación, solicitando que se apruebe la incorporación de la referida causal, a fin de dar solución a esta situación.

Se debe precisar, que de las propuestas de inclusión de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio presentadas, una en forma conjunta elaborada por las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer y Desarrollo Humano, y otra por la Comisión de Justicia, corresponde a la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano la iniciativa de establecer una indemnización a favor del cónyuge perjudicado por la separación de hecho; esto a través de la incorporación del artículo 345°- A, al texto del Código Civil, conforme al texto final fue rechazado y con él la incorporación del artículo 345°- A; acto seguido se dio lectura posterior votación del texto final propuesto por la Comisión de

Justicia, texto en el que se acogió la propuesta realizada por la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano en lo referente a la indemnización a favor del cónyuge que resultare perjudicado por la separación de hecho (DIARIO DE DEBATES del Congreso de la República 2001, 25° sesión).

Y en un dato que queda para la anécdota, en el momento que se realizaba la votación, el congresista Daniel Estrada Pérez, solicitó se advierta la existencia de un error tipográfico, en el texto sometido a votación, en el segundo párrafo del art. 345°- A, pidiendo se corrija cambiando el término "podrá" por la expresión "deberá", quedando entonces "Deberá señalar una indemnización por daños...", texto que así fue aprobado y en consecuencia se incorpora la Separación de Hecho como causal de Separación de Cuerpos y Divorcio vincular, y con ella la indemnización a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho (Martínez Huaripata 2010, 05).

Aquí surge un primer cuestionamiento totalmente justificado, pues en el art. 351 del Código Civil, respecto a la reparación al cónyuge inocente, se establece: "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez

podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral".

Y curiosamente en el art. 345°- A, vinculado al divorcio remedio se expresa: "(...) El juez velará por la estabilidad del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como las de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños (...)" (negrita, cursiva y subrayado nuestros).

Vale decir, paradójicamente, que ante la existencia del divorcio sanción o denominado por causas inculpatorias, la fijación de un monto resarcitorio a favor del cónyuge inocente, es una sugerencia o potencialidad; y sorprendentemente en el divorcio remedio, cuya concepción es la de ser una solución a un problema, el establecer un monto económico a favor del cónyuge más perjudicado, es una imposición.

2.2.3. La Controversia Jurisprudencial respecto a la Asignación Otorgada al Cónyuge Perjudicado en el Divorcio Remedio

La doctrina, concuerda que la idea fundamental de divorcio remedio, es que no se conciba al divorcio como una sanción

(cónyuge culpable y cónyuge inocente) atribuida a uno de los cónyuges por infracción de sus deberes matrimoniales, sino propiamente como una salida, reservada para los casos en los que el conflicto ha llegado a tal nivel de agravamiento que hace imposible la vida marital.

Parece ser, que en el Perú, estas ideas primigenias y, en percepción, tan sencillas de comprender, no suelen ser tan claras, debido a lo siguiente:

En el segundo y tercer párrafo del art. 345°- A del Código Civil, se establece lo siguiente:

"(...) 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 pudiere 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" (sombreado y subrayado nuestros).

Como se puede apreciar, la asignación económica que se ordena otorgar al cónyuge perjudicado, engloba conceptos referidos a la teoría de la responsabilidad civil; como daño moral, el inoperante daño a la persona, el cuestionado daño al proyecto de vida, no excluyendo de ningún modo la

posibilidad de resarcir el daño patrimonial. Asimismo dicha disposición concuerda su aplicación con los arts. 324° y 351° en los que se incluye los términos: cónyuge culpable e inocente respectivamente.

Los términos inocente y perjudicado han sido equiparados, así como también al hablar de indemnización, automáticamente el legislador ha vinculado tal redacción a la del resarcimiento.

Atendiendo a ello, la interpretación jurisdiccional y, en consecuencia, las sentencias expedidas a la luz del artículo 345°-A, no han tenido un criterio uniforme, así, respecto al denominado cónyuge perjudicado, se tiene:

*"Sétimo.- Que al respecto deben hacerse las siguientes precisiones; en primer lugar, la separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, **la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge-culpable y de un cónyuge perjudicado** (sic) y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el artículo trescientos treinticinco del Código Civil"*⁶.

De igual manera, se confunden términos propios del divorcio sanción y divorcio remedio, equiparándolos del siguiente modo:

⁶ Casación N° 1120-2002. PUNO Lima, diez de enero de dos mil tres.- El Peruano del 31 de marzo de 2003.

"**Octavo:** que es un hecho que las causales de divorcio antes analizadas son diferentes, no obstante ello, comparten ciertos elementos comunes; pues el sistema mixto consagrado, en nuestra legislación civil, en la causal de separación de hecho también es materia de debate la culpabilidad del cónyuge causante de la violación del deber de cohabitación; al igual que en la causal de adulterio donde se busca al cónyuge culpable de la violación del deber de fidelidad..."⁷ (subrayado, cursiva y negrita nuestros).

Sin embargo hay sentencias que le han dado el sentido objetivo que esta causal siempre ha merecido, pues su naturaleza así lo exige, en tal sentido se tiene:

"**Décimo Segundo.-** Que, es así que la separación de hecho, como causal de divorcio, se conceptúa como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; es por ello, que cuando se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado; es más, cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción por esta causal, si se tiene en cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón"⁸ (Negrita, cursiva y subrayado nuestros).

⁷ Casación N° 606-2003-SULLANA, del once de julio de dos mil tres

⁸ Casación N° 806-2006 LIMA, Fecha de Emisión: 01- 08-2007. Publicada en El Peruano el 30-05-2008 SPIJ actualizado el 29 de setiembre de 2009.

2.2.4. Incongruencias del Tercer Pleno Casatorio en Materia Civil

Con fecha 18 de marzo de 2011, los señores Jueces Supremos de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, expidieron una sentencia, en el Tercer Pleno Casatorio en materia civil de nuestra historia, Casación signada con el N° 4664-2010- Puno, cuyos actores fueron: René Huaquipaco Hanco (demandante) y demandada (Catalina Ortiz Velasco).

En el afán de desvirtuar, de algún modo, la identificación judicial de factores de atribución subjetivos, como el dolo o la culpa en el divorcio remedio, en el acápite 39 se menciona: "(...) la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (...) sino solo del hecho objetivo de la separación por un tiempo indeterminado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causales que lo motivaron(...)".

Sin embargo en acápites como el 34, contrariamente se estipula: "La naturaleza *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma

permanente, (...). De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, (...), en tal sentido, el juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir. (...)”⁹.

O también, el fundamento 45 de la siguiente forma: “La norma bajo análisis, agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes: a) (...) que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (...), b) Asimismo el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procederán de los bienes del otro (...)”.

(Negrita y subrayado nuestros)

En vez de solucionar el problema, consideramos que lo han acrecentado, pues el fallo estipula claramente el carácter vinculante del Pleno, y aun cuando un juez pueda apartarse de tal precedente motivando su resolución en un sentido diferente, hay muchos magistrados y académicos que no entienden la fuerza vinculante de un Pleno Casatorio.

⁹ Pleno Casatorio Civil emitido con fecha 18 de marzo de 2011, pero recién fue difundida al público en general en la web del Poder Judicial: <http://historico.pj.gob.pe/>; casi un mes después : 13 de mayo del presente año.

2.3. Principales Modelos Jurídicos del Civil Law Respecto a la Asignación en el Divorcio Remedio

Procedemos a identificar el tratamiento que ha tenido la asignación estudiada, en la experiencia de los principales sistemas del Civil Law, como son los modelos de Francia, Italia y España; así como también daremos un vistazo al sistema chileno, el cual a nuestro entender, es el que mejor ha tratado esta figura a nivel latinoamericano.

2.3.1. Modelo Francés

El primer referente en el derecho comparado sobre divorcio en general y en particular sobre la asignación económica en estudio, se encuentra en el sistema francés, con la denominada *prestation compensatoire* (prestación compensatoria). Sin embargo es preciso aclarar que el tratamiento normativo de dicha figura ha sufrido una serie de modificaciones durante el tiempo.

Efectivamente, el *Paragraphe 3: Des prestations compensatoires* del *Code Civil*, ha sido enmendado hasta en tres oportunidades, en tal sentido el texto normativo del

artículo 270 del **Code Civil**, conforme a la última modificatoria, establece lo siguiente:

"Artículo 270. El divorcio pondrá fin al deber de socorro entre los cónyuges.

*Uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a **compensar**, en la medida de lo posible, la **disparidad creada por la ruptura del matrimonio** en las condiciones de vida respectivas. La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado. Tendrá la forma de un capital cuyo importe será determinado por el juez.*

Sin embargo, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación si la equidad lo exigiera, considerando los criterios previstos en el artículo 271, o bien cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado atribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que lo solicita el beneficio de dicha prestación" (Resaltado y cursiva nuestros).

Si bien es cierto, en un inicio, se puede advertir que la intención del legislador francés es la de compensar en la medida de lo posible, la disparidad en la que quedan los cónyuges acaecido el divorcio, sin embargo, posteriormente se establece como criterios para fijar el monto económico las necesidades del cónyuge a quién se pague y los recursos del otro; criterios que como bien conocemos, responden a la naturaleza de las obligaciones asistenciales o alimentos, y los entrelaza con criterios que responden a la disparidad económica respecto a la situación vivida en el matrimonio.

Esta mezcla de criterios, es entendible hasta cierto punto, ya que es el primer sistema que trató de dar alguna aproximación a la naturaleza de la misma. De esta manera se precisa en su art. 271:

"Artículo 271: La prestación compensatoria se fijará según las **necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro**, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de esta en un futuro previsible.

En este caso, el juez tomará en consideración particularmente:

- o La duración del matrimonio;
- o La edad y el estado de salud de los esposos;
- o Su cualificación y su situación profesionales;
- o Las consecuencias de las opciones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante su vida en común para la educación de los hijos y el tiempo que sea necesario aún consagrarles o para favorecer la carrera del cónyuge en detrimento de la suya propia.
- o El patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen económico matrimonial.
- o Sus derechos existentes y previsibles;
- o Su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación" (cursiva y sombreado nuestros).

Dicha prestación tendrá la característica de ser otorgada en un pago único, pues lo que se pretende es resolver el problema de una vez por todas.

2.3.2. Modelo Italiano

La figura del divorcio en el sistema jurídico italiano, al igual que el francés, ha sufrido una serie de reformas, siendo la última la efectuada por la Ley N° 74 del 06 de marzo de 1987.

De este modo, encontramos en Italia, la denominada **asegno di divorzio**, cuyo fundamento lo encontramos en el principio de solidaridad familiar que, según la mayor parte de la doctrina italiana, se extiende o perdura aún después de disuelto del matrimonio. No obstante, no se puede desconocer que inicialmente en este sistema, se pensó erradamente que tenía una naturaleza resarcitoria de daños.

La Ley del 1 de diciembre de 1970 regula en su artículo 5° la asignación entre los cónyuges después del divorcio; bajo los siguientes términos:

"Con la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el Tribunal dispondrá, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y los motivos de la edición a sus bienes y rentas propias. Para determinar la asignación el juez tendrá en cuenta la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio de ambos. Previo acuerdo de las partes, la contraprestación podrá hacerse en un solo pago. La

obligación de pagar la asignación cesa si el cónyuge al que debe ser abonado pasa a nuevas nupcias" (sombreado nuestro).

Al respecto la jurisprudencia italiana viene sosteniendo que la asignación por divorcio, es fijada en favor del ex cónyuge beneficiario, que no cuenta con medios suficientes o que sea incapaz de subsistir por razones eminentemente objetivas (Alfaro Valverde 2011, 50).

A nuestro parecer, esta regulación también está vinculada al carácter **alimentario** de la prestación, puesto que tiene como fundamento de su dación, las necesidades de uno de los cónyuges para su subsistencia; parangonando con la legislación peruana vigente, se asemeja a lo establecido en el art. 350° de nuestro código civil, así se aprecia:

"Artículo 350°: (...) Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios, o de gananciales suficientes o estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una **pensión alimenticia** no mayor de la tercera parte de la renta de aquél (...)"

2.3.3. Modelo Español

2.3.3.1. Pensión Compensatoria

Concepto y tratamiento legislativo

Aquí cabe detenernos un poco, puesto que la figura denominada "**pensión compensatoria**", es la que a nuestro parecer, ha tratado de mejor manera la prestación en favor del cónyuge más perjudicado en el divorcio remedio, ya sea por su naturaleza y fundamentos, ya sea por los criterios para la fijación de montos económicos. Esto se da, debido al correcto entendimiento de que la asignación económica en estudio, no se otorga en virtud de un daño resarcible ni de una finalidad asistencial típica de los alimentos; pues estas figuras tienen naturaleza jurídica distinta, tal como se verá más adelante.

En esta línea de ideas, el art. 97° del Código Civil español estipula:

"El cónyuge al que la separación o divorcio, produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación

anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determiné 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 hubieren llegado los cónyuges.
2. La edad y estado de salud.
3. La cualificación y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancia relevante".

La pensión compensatoria, de gran desarrollo en el Derecho Comparado, ha sido conceptuada por el español Peña Bernaldo de Quiroz como "El derecho de crédito de régimen peculiar que la Ley confiere a uno de los cónyuges (frente al otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas" (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 41).

de 1988 en la cual afirma que la naturaleza de la pensión compensatoria "no es alimenticia sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o del divorcio y sin vinculación con ninguna idea de responsabilidad por culpa" (Alfaro Valverde 2011, 52)- (subrayado nuestro). Al subrayar el término "resarcimiento", lo hacemos en el sentido de advertir que no es el apropiado si se habla de ausencia de culpa, debiéndole corresponder la acuñación "indemnización", tal como se explicará en el último capítulo de este trabajo.

Estructura del Régimen de la Pensión

Como se destaca en la reciente doctrina española, el régimen contenido en el artículo 97° del Código Civil se encuentra en tres partes bien diferenciadas.

- a) El requisito básico que conforma el derecho de la pensión compensatoria es el *desequilibrio económico* que, en relación con la posición del otro, pueda producir a un cónyuge la separación o el divorcio, implicando a su vez un empeoramiento de la situación que disfrutaba anteriormente.

- b) Los criterios que ha de tener en cuenta los jueces, detallados en una serie de *circunstancias legales* previstas, aunque no cerradas, para determinar el importe de la pensión, a falta de acuerdo entre los cónyuges, claro está.
- c) El establecimiento de unas *bases para actualizar* la pensión y las garantías para hacerla efectiva que el Juzgador deberá concretar en cada supuesto según las circunstancias concurrentes.

2.3.4. Modelo Chileno

En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, hay uno que destaca notablemente por su tratamiento y características similares a la pensión compensatoria del modelo español, éste es el sistema chileno, que es el resultado del proceso de reforma del derecho de familia y de aquellas particularidades derivadas del instituto del Matrimonio Civil. Estas nuevas situaciones se presentaron con ocasión de la dación de la nueva Ley de Matrimonio Civil, aprobada mediante Ley N° 19947 de 2004.

Para la doctrina chilena los motivos o razones que justifican la regulación de la figura denominada **compensación**

económica, es que después del divorcio o la nulidad, ninguno de los cónyuges debería ver empeorada la posición económica, viéndose impedido de rehacer su vida autónomamente; sin embargo, el legislador planteó el caso que el cónyuge, durante el período del matrimonio se hubiera dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común y que como consecuencia de ello, no hubiera podido desarrollar una actividad remunerada o en su defecto que lo hubiera hecho en menor medida de lo que podía. Esto generará un desequilibrio o disparidad en las condiciones en las que quedan ambos cónyuges.

La configuración de la compensación económica chilena, la encontramos prevista en el artículo 61° de la mencionada ley, el cual establece:

"Artículo 61°.- 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 o quería, **tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo sufrido por esta causa**" (resaltado y subrayado nuestro).

Es necesario resaltar que en el modelo chileno la compensación económica puede ser previamente convenida por los cónyuges, sea en su monto o en su forma de pago; este acuerdo debe constar en escritura pública o acta de

avenimiento, las que siempre deben contar con la aprobación del juez.

2.4. Afinidad Peruana hacia el Modelo Argentino

Siempre se ha dicho que el derecho peruano importa figuras del extranjero sin tener en cuenta la realidad social, o quizá simplemente copia de otras legislaciones que no han tenido un sustento doctrinario histórico de lo que en esencia deben ser las figuras y de su correcta aplicación.

A diferencia del modelo chileno, Argentina no ha seguido las directrices que orientaban los sistemas europeos, esa es la razón de una serie de inconsistencias en su regulación, y lamentablemente el Perú ha tratado de imitar algunos aspectos de ella.

A lo largo de cien años el sistema argentino, no ha previsto el resarcimiento de los daños producto del divorcio, y si lo ha hecho en materia de **nulidad del matrimonio**, sin embargo jurisprudencialmente han extendido la aplicación de la responsabilidad civil¹⁰ (Bossert - Zannoni 2004, 405), de

¹⁰ Los profesores Bossert y Zannoni, han puesto en evidencia con toda honestidad tan aparente salida: "Por aplicación extensiva de las normas que prevén los daños y perjuicios causados al contrayente de buena fe de

manera supletoria, a los casos de divorcio por culpa¹¹. De esta forma se sostiene:

"El silencio u omisión de la legislación en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios en supuestos de divorcio, son reveladores de la voluntad de no admitirlos, lo que excluye la posibilidad de aplicar en forma complementaria normas que rigen la responsabilidad civil, para ello se tiene en cuenta que en lo que respecta al régimen matrimonial el legislador ha establecido de modo expreso tal posibilidad al considerar los efectos de la nulidad del matrimonio"¹² (Alfaro Valverde 2011, 59).

Así también, no se entiende el porqué de la posibilidad de poder dejar a salvo la inocencia de uno de los cónyuges en el divorcio remedio, vale decir, que instaurado un proceso de divorcio por separación de hecho, en el cual no se ventila las causas del rompimiento, pero si uno de los cónyuges demuestra no haber dado lugar a la separación, se transforma a un divorcio sanción (Acedo Penco- Pérez Gallardo 2009, 78). Esto da carta abierta a que los cónyuges traten de exponer circunstancias culposas de rompimiento de la relación, en el

un matrimonio anulado (art. 225 del CC) la doctrina mayoritaria ha juzgado que cuando el divorcio o la separación personal se decretan por culpa de uno de uno de los cónyuges, éste deberá resarcir al otro (que por hipótesis no dio causa al divorcio o la separación personal) los daños y perjuicios sufridos.

¹¹ Cabe aclarar que si bien, en Argentina se plantea jurisprudencialmente la posibilidad de resarcir los daños producidos en el divorcio por causas inculpatorias, no contempla de ninguna forma la reparación de los daños en el divorcio remedio, como se intenta mal aplicar en el Perú.

¹² Cív. Y Com. Mar del Plata, Sala 1, 26-10-93, O.N.F. c/A de O.S.M. s/Divorcio vincular

afán de sacar algún provecho para sí; desnaturalizando, de este modo, la finalidad del divorcio remedio.

Lamentablemente este criterio ha sido recogido en el fundamento N° 34 del Tercer Pleno Casatorio en el Perú, de la siguiente forma: "La naturaleza *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, (...). De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, (...), en tal sentido, el juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir. (...)".

Por último, el modelo argentino, contiene una figura asistencial peculiar llamada "ALIMENTOS AMPLIOS", así, en el art. 207 de su Código Civil se establece: "El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos"; y toma en cuenta para la fijación de

la misma, consecuencias similares a la pensión compensatoria del derecho español.

Esta última figura del derecho argentino denota una suerte de acercamiento a la pensión compensatoria, sin embargo, a criterio nuestro, contiene implícitamente el factor de atribución de culpabilidad, lo cual es contraproducente, pues la figura en mención debería ser aplicada solamente al divorcio remedio (resaltado y subrayado nuestros).

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN OTORGADA AL CÓNYUGE PERJUDICADO

3.1. Concepto de Naturaleza Jurídica

La Real Academia de la Lengua Española¹³ ha precisado, que en primer lugar: "naturaleza", significa sencillamente la "esencia y propiedad características de cada ser" y en segundo lugar, la expresión o término "jurídico" quiere decir "lo que atañe al derecho". A su turno, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual¹⁴, describe al término: naturaleza, entre otras acepciones como: "Esencia de un ser// Propiedad peculiar de una cosa// Tendencia o inclinación.

El derecho está compuesto por una serie de categorías, que se valoran por ser, en esencia, unas distintas a otras; y que contribuyen para la formación de un sistema integrado por principios, normas y valores. Por tanto, el fundamento y la finalidad de un negocio o instituto jurídico son siempre diferentes a los de otro. En tal sentido, la determinación de la naturaleza jurídica de una institución sirve, para poder uniformizar las categorías en base a su estructura, contenido y finalidad, ergo, darle la correcta interpretación y la idónea aplicación.

El estudio comparado de la asignación al cónyuge perjudicado, no ha sido el más uniforme ni feliz, pues su

¹³ Diccionario de la Lengua (Real Academia Española), acepciones 6 y 1.

¹⁴ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.V, Editorial Heliasta, 2006, p. 516.

naturaleza fluctúa entre los alimentos, la responsabilidad civil y la compensación (como lo hace llamar el modelo español); la situación se agrava aún más si tomamos en cuenta que algunos ordenamientos como el nuestro, utilizan, para denominar a esta prestación, el término de indemnización, tan identificado con el concepto propio de la responsabilidad civil.

Ello acarrea grandes riesgos que, eventualmente, serían considerados injustos para cualquiera de las partes, si es que no se identifica la naturaleza apropiada a esta figura.

Por un lado, si se opta por la naturaleza asistencial de la prestación, se podría estar repitiendo el monto alimentario en caso de otorgarse; o contrariamente, si las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante han variado al momento de la decisión divorcista, se corre el riesgo de no otorgarse ninguna prestación.

Por otro lado, si se atribuye una naturaleza resarcitoria, se podría inflar excesivamente el monto económico respecto del obligado, lo que trastocaría la esencia del divorcio remedio; y siendo de otro modo, en el caso de que el juez no identificara el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil, se omitiría el pago del monto

económico, agravando más la situación del tantas veces mencionado: cónyuge perjudicado.

Sin embargo, para tener un mayor panorama de lo mencionado, analizaremos las instituciones que han pretendido adaptar a su naturaleza, la asignación al cónyuge perjudicado; deslindando de este modo, los criterios por los cuales, a nuestro parecer, no es correcta su identificación con ellas, y a cuál sí corresponde su verdadero alcance.

3.2. Asistencial o Alimenticia

En la gran mayoría de sistemas del *civil law*, el divorcio pone fin a una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges, entre ellos el derecho alimentario; de esta forma en el art. 350° del Código Civil peruano, se estipula: "Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre el marido y mujer (...)". Sin embargo existe una salvedad para la continuación de los alimentos o para el inicio de esta obligación, pues el artículo mencionado, a continuación señala:

"(...) Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviera imposibilitado de

trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una **pensión alimenticia** no mayor de la tercera parte de la renta de aquél (...)"

Al parecer, nuestro sistema pretende indicar que la llamada asignación al cónyuge perjudicado, difiere de la pensión alimenticia, la cual una vez acaecido el divorcio, podría ser otorgada al otro cónyuge al margen de la culpabilidad en la separación. Pues así como se puede advertir, el art. 345°- A, establece: "(...) Deberá señalar una indemnización por daños (...), independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (...)"

Consideramos que es correcto hacer el deslinde entre estas dos figuras, pues, como veremos a continuación, en otros sistemas la asignación al cónyuge perjudicado ha sido identificada con la naturaleza alimenticia, sin embargo sus fundamentos son totalmente distintos.

3.2.1. Italia

Como se mencionara en el capítulo anterior, La Ley del 1 de diciembre de 1970 regula en su artículo 5° la asignación entre los cónyuges después del divorcio; bajo los siguientes términos:

"Con la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el Tribunal dispondrá, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y los motivos de la edición a sus bienes y rentas propias. Para determinar la asignación el juez tendrá en cuenta la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio de ambos (...)" (sombreado nuestro).

La jurisprudencia italiana sostiene que la asignación por divorcio, es fijada en favor del ex cónyuge beneficiario, que no cuenta con medios suficientes o que sea incapaz de subsistir por razones eminentemente objetivas (Alfaro Valverde 2011, 50). Es innegable que el modelo guía de la asignación al cónyuge perjudicado como alimentario, es el italiano, y es que la afinidad hacia esta naturaleza, también es en parte seguida por el modelo español.

3.2.2. España

Inicialmente se involucraba la pensión compensatoria con una carga alimenticia, no obstante posteriormente de manera paulatina, la tendencia jurisprudencial fue perfeccionándose al punto de sostenerse, que en realidad, la deuda alimenticia sería absorbida e incorporada por la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil español. En esta

última figura se englobaba tanto la finalidad de índole alimentaria como aquella propiamente compensatoria (Alfaro Valverde 2011, 72). Tal criterio se aprecia en la siguiente jurisprudencia española, emitida por la Sala Civil de Cádiz 34917/2000, del 20 de octubre de 2000, Audiencia provincial de Cádiz:

*"FJ: (...) Esta Sala entiende al respecto que el derecho de los cónyuges a reclamarse alimentos recíprocamente, conforme lo que establece el art. 142 del CC. Tiene su fundamento en la subsistencia del vínculo matrimonial y con la separación cesa el deber de socorro entre los cónyuges previsto en los arts. 67 y 68 del Código Civil y el deber de alimentos es absorbido por la pensión compensatoria del art. 97 del CC. Así se deduce del apartado 8 de este último artículo, en el que se establece que la pensión se determinará teniendo en cuenta una serie de circunstancias en las que están el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. **Queda pues, englobada bajo la figura de la pensión compensatoria tanto las finalidades estrictamente compensatorias como las de índole alimenticio**"*

3.2.3. Argentina

En el tema de divorcio sanción o por causas inculpatórias, jurisprudencialmente el modelo argentino ha optado por la aplicación de la responsabilidad civil, fijando un monto resarcitorio al cónyuge culpable de la separación; por otro

lado, tratándose del divorcio remedio, y sobre la existencia de un cónyuge en desequilibrio económico a raíz de la separación, han considerado adecuar la naturaleza de la prestación a otorgar, como una de carácter alimenticio.

La profesora argentina Graciela Medina nos menciona al respecto: "La modificación de la situación económica **no es un daño indemnizable como tal**, sino que encuadra dentro del **deber alimentario** de conformidad a lo establecido por el artículo 207° del Código Civil. Por lo tanto, el cónyuge que no hubiera dado causa a la separación personal va a tener **derecho a ser mantenido en el mismo nivel económico del que gozaba durante la convivencia**, sin recurrir a los presupuestos de la indemnización civil, por la sola aplicación de las normas de carácter alimentario" (Medina 2008, 91)- (el sombreado y subrayado es nuestro).

En el modelo argentino, hay un detalle peculiar respecto a la clasificación en materia alimentaria, la jurista Marisa Herrera nos da el siguiente alcance:

- a) **Alimentos amplísimos.**- Ellos son los alimentos regulados a favor del cónyuge enfermo en el marco de la separación personal por trastornos de la conducta regulados en el artículo 208 del Código Civil.
- b) **Alimentos amplios.**- Ellos se encuentran regulados en el artículo 207 del Código Civil que reza:

"El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta: 1º) La edad y el estado de salud de los cónyuges; 2º) La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos; 3º) La capacitación laboral y probabilidad de acceso de un empleo del alimentado; 4º) La eventual pérdida de un derecho de pensión; 5º) El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal (...)" Esta disposición vale tanto para los casos de separación personal como de divorcio vincular de carácter subjetivos, es decir, donde se diriman culpas (subrayado y sombreado nuestros).

- c) **Alimentos restringidos:** Ellos están normados en el artículo 209º del Código Civil, el cual expresa que :*"Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes, ni posibilidad razonable de procurárselos , tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia (...)"* Estos son los alimentos de extrema necesidad (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 86).

Mencionamos que existe un detalle peculiar en esta clasificación, pues en lo que respecta a los alimentos amplios, se estipulan criterios y fundamentos propios de la pensión compensatoria española, sin embargo, se establece la carga de la prestación al cónyuge culpable de la separación, algo que es incongruente con la finalidad de la pensión compensatoria.

Es importante resaltar la postura del modelo colombiano, el profesor Guillermo Montoya Pérez señala: "No hay en las leyes colombianas referencias a pensión compensatoria o al derecho de reparación del daño moral en razón del matrimonio. La mayoría de los tratadistas y de los jueces estima que todo el tema indemnizatorio se contrae a la **pensión alimenticia**" (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 178).

Un vestigio del apego de nuestra legislación a la naturaleza alimenticia, lo encontramos en la primera parte del artículo 345° - A del código civil, al señalar que: "Para invocar el supuesto 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 (...). Criterio que, además de haber sido mezclado con los caracteres de la responsabilidad civil, no es pertinente pues la obligación alimentaria entre padres e hijos subsiste aún después del divorcio, y respecto del cónyuge, la controversia se analizará en el desarrollo del proceso y no así como requisito de improcedencia de la demanda.

A nuestro entender, la asignación al cónyuge perjudicado no tiene una naturaleza alimenticia, pues como bien se sabe los alimentos se fijan en base a las posibilidades de quien

debe darlos y las necesidades de quien los pide (art. 481° del Código Civil peruano), de este modo, si al momento de presentar la demanda de divorcio, o al decidirse sobre éste, las necesidades y posibilidades, pueden haber variado de tal modo que ya no sea necesario otorgar ningún monto; en cambio la asignación al cónyuge perjudicado tiene que ver más con la dedicación al hogar durante el período de convivencia y las condiciones económicas en las que se encontraba durante el mismo, para compensar de algún modo el tiempo que le durará reinsertarse a las actividades como soltero o soltera.

En el mismo sentido, el profesor Luis Alfaro Valverde nos ilustra: La analizada asignación cumple en cierta forma un propósito o finalidad asistencial típica de alimentos, esto de ninguna manera puede ser suficiente para ser calificada como tal. Principalmente, porque no es 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 del CC, no es **necesariamente sinónimo de estado de necesidad**. El beneficiario de la indemnización puede tener medios e igualmente concluirse que

el término o ruptura del matrimonio le causó o generó un perjuicio, por lo que bien podría ser procedente la indemnización. (Alfaro Valverde 2011, 71)- (sombreado y subrayado nuestros).

Así también, el jurista chileno Pizarro Wilson refiriéndose al fundamento de la compensación económica prevista en su ordenamiento, señala: La procedencia de dicho instituto está volcada hacia el pasado. El juez debe considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital. El principio no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no puede ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales están vinculados al deber de socorro y se fijan con base en las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas (Pizarro Wilson 2004, 87).

3.3. Responsabilidad Civil

Como se ha venido mencionando, el principal modelo iberoamericano que trata sobre la responsabilidad civil en el

divorcio, es el argentino, por remisión jurisprudencial, ya que legislativamente establece este tipo de tratamiento sólo a la nulidad del matrimonio, sin embargo, dicha aplicación es extendida únicamente al denominado divorcio sanción.

Mucho se ha dudado respecto a la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, llegando inclusive al punto de justificar cualquier comportamiento de algún miembro o miembros de la familia en detrimento de otros. De esta manera, era impensable la reparación del padre que dañaba a su mujer o a sus hijos; a decir de la profesora argentina Graciela Medina, "no existía culpa en estos actos sino el cumplimiento del deber de corrección derivado del ejercicio de la autoridad marital y de la patria potestad" (Medina 2008, 21).

Para muchos, la responsabilidad civil no debe tener asidero en el derecho familiar, especialmente en el divorcio, pues agrava la situación de conflictividad en los cónyuges, su aplicación durante muchos años ha sido puesta en duda. Un ejemplo de ello es lo manifestado por el magistrado argentino Kiper, quien rechaza la procedencia de la reparación de los daños y perjuicios en el campo del divorcio vincular, uno de sus argumentos expuestos gira en torno a la puesta en crisis del concepto de culpa, afirma que "la noción de la

culpabilidad se debilita en gran medida, ya que la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente" (Acedo Penco - Pérez Gallardo 2009, 39- 40).

El mismo divorcio sanción es considerado nocivo y contrario a la dignidad humana por algunos tratadistas, debido a los sentimientos expuestos en el proceso, las consecuencias posteriores para los ex cónyuges y sobre todo para el núcleo familiar, incentiva los juicios contradictorios y frustra la posibilidad de una reconciliación. Si bien es cierto respetamos esta postura, por sus acertados fundamentos, sin embargo, consideramos que en nuestro país es factible la aplicación del divorcio sanción y su correlativo resarcimiento, pues en base a la doctrina de actos propios, el cónyuge culpable no puede demandar el divorcio, en consecuencia, el cónyuge inocente es el legitimado para acogerse a una de las causales inculpatorias y a ventilar, de algún modo, los problemas suscitados en el matrimonio; por ende, se tiene la libertad de elegir entre divorcio sanción o divorcio remedio, de exponer o no las aflicciones.

Además, si bien es cierto lo ideal sería, como en otros países, tener procesos de divorcio sin identificación de

culpas, pero en el Perú existe una realidad sociológica muy arraigada, cuyo signo distintivo es la cultura predominante del varón sobre la mujer, que permite cometer una serie de abusos que correrían el riesgo de quedar sin consecuencia, realidad ante la cual no podemos cerrar los ojos, teniendo cuidado también en no caer en fanatismos legislativos como por ejemplo, la atribución de consecuencias patrimoniales ante la comisión de faltas personales¹⁵.

No obstante lo mencionado anteriormente, la aplicación de la responsabilidad civil ha sido restringida al divorcio sanción, razón por la cual no se entiende por qué el legislador ha estipulado terminología concerniente al resarcimiento de los daños en el art. 345°- A, quizá le quiso atribuir el término más parecido a "compensación", sin embargo al consignar "indemnización" no previó que en el Perú así como en muchos otros modelos, esta palabra se identifica con la responsabilidad civil, es por ello que se hace común escuchar "indemnización por daños", lo cual no es apropiado, pues lo adecuado sería hablar de "resarcimiento de daños".

Esto se ahondará más en el cuarto capítulo del presente trabajo, por ahora, solamente nos avocaremos a analizar la pertinencia de la aplicación de cada uno de los elementos de

¹⁵ Pérdida de los gananciales por causales inculpatorias como el adulterio.

la Responsabilidad Civil en el divorcio remedio, dichos elementos son los que un gran sector de la doctrina nacional perenniza, orientados por su mentor, el gran maestro Carlos Fernández Sessarego.

3.3.1. Concepto y Funciones de la Responsabilidad Civil

Concepto

En palabras del profesor Lizardo Taboada Córdova, la Responsabilidad Civil es:

"La institución jurídica que regula el deber de indemnizar los daños ocasionados, sea producto del incumplimiento de una obligación voluntaria, o su cumplimiento parcial, defectuoso, tardío o moroso, en definitiva de una obligación pactada o sea un deber jurídico específico; y por otra parte los daños que sean resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional o aún existiéndolo el daño no es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria sino que se funda en el deber genérico de no causar daño a otro" (Taboada Córdova 2001, 26).

Lizardo Taboada incluye en este concepto a la responsabilidad contractual y extracontractual, para su configuración, ambas deben reunir requisitos comunes como la antijuridicidad, el daño causado, el nexo causal y los factores de atribución, y a falta de uno solo de ellos no se genera la obligación de resarcir.

Funciones

El resarcimiento sea contractual o extracontractual, tiene tres funciones intrínsecas que consisten en:

- El restablecimiento de la situación preexistente del daño: En el divorcio por la causal de separación de hecho, no puede hablarse de que a través de un monto compensatorio, los divorciados vuelven a tener el mismo estatus que tuvieron antes de divorciarse, puesto que patrimonialmente hay modificaciones no recuperables, así como moralmente, la existencia del daño es cuestionable.
- Carácter preventivo, esto es que mediante ella se busca desincentivar una conducta dañosa: El divorcio está legitimado, no puede legitimarse una institución provocadora de daños, o por lo menos no todo daño es jurídicamente resarcible.
- Sancionadora, buscando castigar el actuar antijurídico que provoque un daño: Nuevamente, las consecuencias para el que se ampara en el divorcio por separación de hecho, no puede significarle una sanción, puesto que no se identifican factores de atribución de culpas.

3.3.2 Daño

3.3.2.1. Concepto

El daño causado se entiende como la lesión o menoscabo a todo derecho subjetivo, ocasionado por una conducta ilícita, o como lo expresara el maestro Lizardo Taboada, "el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedores de tutela legal" (Taboada Córdova 2001, 30).

Para Juan Espinoza Espinoza "el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido (...)" (Espinoza Espinoza 2002, 157).

A continuación analizaremos si es que el elemento daño se presenta en el divorcio por causal de separación de hecho.

3.3.2.2. Daño Patrimonial

Consiste en la lesión de derechos que produzcan consecuencias de naturaleza económica, que debe ser reparada.

Daño Emergente

Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de una obligación o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial" del dañado (Espinoza Espinoza 2002, 158).

El patrimonio de los cónyuges en el régimen de sociedad de gananciales se confunde con el del otro, salvo cuando se trate de bienes propios, que por su origen, subrogación, o que se haya optado por el régimen de separación de patrimonios, tengan tal suerte. Pero en cualquiera de ellos se tiene expedita la acción de responsabilidad civil para pedir el resarcimiento, cuando se encuentren afectados, y no ante la demanda específica de divorcio remedio.

Pero adentrándonos a la existencia o no de los daños patrimoniales producidos por el divorcio remedio, la profesora Graciela Medina acertadamente menciona: "La modificación de la situación económica no es un daño

indemnizable como tal". Pues ello entra dentro de la naturaleza alimentaria y compensatoria (Medina 2008, 91).

Lucro Cesante

Se manifiesta por el no incremento del patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o de un acto ilícito). Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado.

No puede identificarse al matrimonio como una institución que busca los réditos económicos de la unión, si bien es cierto, la patrimonialidad en el matrimonio es importante para cumplir, por ejemplo, con el deber de asistencia, el patrimonio familiar, la sociedad de gananciales, etc., la finalidad del mismo no es esencialmente económica, sino la vida en común (art. 234° del Código Civil).

Entonces no puedo pretender un monto resarcitorio porque a consecuencia del divorcio, dejaré de obtener beneficios económicos (como la pérdida del derecho hereditario o los alimentos entre los cónyuges), el matrimonio no es fuente de riqueza, sino de atribuciones y deberes que se originan en los sentimientos.

3.3.2.3. Daño Extrapatrimonial

“Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial” (Espinoza Espinoza 2002, 158).

Daño Psicosomático

El daño psíquico entendido en sentido autónomo; es decir se verifica cuando un hecho ha provocado sólo, o principalmente alteraciones del tipo mental y no está acompañado por lesiones físicas (Alpa 2001, 560).

El daño físico está incluido en el denominado por la doctrina, daño biológico, en el cual interesa el menoscabo sufrido por la persona como afectación en sí misma, y no así, las consecuencias patrimoniales que surjan a partir de la lesión.

Al respecto, se debe entender que dentro del matrimonio, efectivamente, pueden existir afectaciones físicas y psicológicas de parte de los cónyuges, las cuales se pueden subsumir fácilmente en las causales de divorcio sanción y por

tanto factibles de su resarcimiento, sin embargo, dentro de la teoría del divorcio remedio, se corre el riesgo de pensar que el divorcio en sí mismo puede provocar daño en el ámbito físico y psicológico de las personas, lo cual es inadmisibles, puesto que el Estado no puede incluir legislativamente una institución que provocará lesiones más de lo que su finalidad importa, la cual es ser una solución.

Es decir, si teniendo expedita la acción de divorcio por causales inculpatorias en la cual se pueden resarcir los daños físicos y psicológicos, no se hace, continuando de este modo la convivencia; no podría esperarse acudir al divorcio remedio para hacerlo, ya que éste no reviste la intromisión hacia las culpas, más aún si sabemos que existe un período prudencial de separación de hecho que la ley exige, para que esos sufrimientos puedan atenuarse, y cuya solución final para esos mismos padecimientos sea el divorcio vincular. Queda claro que si uno de los cónyuges no pudiera valerse por sí mismo, al margen de las culpas, se fija una pensión alimenticia, que es diferente a la institución objeto de estudio.

Daño Moral

Carlos Fernández Sessarego, citado por Juan Espinoza Espinoza señala, que el daño moral ha sido considerado por un sector de la doctrina como un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, un turbamiento (Espinoza Espinoza 2002, 160)

Nuestra Legislación enfatiza aún más en la posibilidad de resarcir el daño moral del cónyuge perjudicado, sin embargo doctrinariamente, incluso en el modelo argentino, del cual se exporta el sistema resarcitorio en el divorcio, considera que el daño moral será resarcido solo cuando tenga como origen hechos ilícitos, vale decir, en el divorcio por causales inculpatorias. De este modo se menciona: "Es aplicable el criterio mayoritario que propicia la admisión del daño moral, en tanto los hechos por los cuales se decretó el divorcio constituyan verdaderos hechos ilícitos" (Medina 2008, 54)- (subrayado nuestro).

El divorcio en sí mismo, no es de ningún modo un hecho ilícito, puesto que es recogido por la legislación como institución recurrible.

Atención especial hay que tener respecto a la distinción realizada por el argentino Eduardo Molina Quiroga, citado por Graciela Medina:

"Se debe distinguir el daño moral de la falta de amor ya que la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio no procede frente a actos y modos de conducta que son expresiones del desamor, de pérdida de vínculo afectivo, debiendo quedar reservada sólo a las conductas que implican auténticos agravios al otro cónyuge; el dejar de amar no es agravante aunque cause dolor al desamado (...)

Los sentimientos y su evolución son ingobernables, **la indemnización ha de quedar reservada sólo a conductas del cónyuge que, además de representar violación de los deberes matrimoniales, implican auténticos agravios al otro cónyuge, sin limitarse a ser sólo expresiones de pérdida del vínculo afectivo**"(Medina 2008, 91)- (sombreado nuestro).

Forzando el conocimiento, el único fundamento por el cual se debería resarcir en el divorcio remedio sería la pérdida del vínculo afectivo, lo cual jurídicamente es imposible alegar.

Daño al Proyecto de Vida

A decir de Lizardo Taboada, "la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de la persona, que puede ser incierta, sino que

deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro" (Taboada Córdova 2003, 68- 69).

En virtud a este concepto tradicional, un sector de la doctrina ha creado la concepción del **proyecto de vida matrimonial**, sin embargo, existen varias deficiencias respecto al resarcimiento del denominado proyecto de vida, entre las que podemos exponer.

El impulsor de esta categoría en el Perú, el profesor Carlos Fernández Sessarego, señala:

"El proyecto de vida es posible sólo en tanto el ser humano es libre y temporal. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre tendente a realizarse en el futuro mediato o inmediato. Por ello sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin elegir ser lo que decide ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente los dos supuestos existenciales del proyecto de vida" (Fernández Sessarego 1995, 161).

El proyecto de vida es posible en cuanto el ser que lo gesta, como se ha dicho, es un ser libre y temporal, precisamente, por ser libre, la persona decide y elige, desde su propia perspectiva, situada en un espacio - tiempo histórico, entre las opciones que le ofrece la vida (Fernández Sessarego 1999, 41). Por lo que las consecuencias del daño al proyecto de vida lograrán sobrellevarse de algún modo si el sujeto tiene otros valores (posibilidades), de parecida, igual o mayor importancia, cuya vivencia le otorguen su vida un nuevo sentido, que podría, de alguna manera, sustituir al que

parecía haber perdido (Fernández Sessarego 1999, 91).
(sombreado y subrayado nuestros).

Si al parecer se hubiera truncado el proyecto matrimonial, que no ha sido posible conservarlo por la conducta de uno o ambos cónyuges; no podría en éste último supuesto, atribuirse al otro el deber de indemnizar los daños por la frustración de ese proyecto, porque la esencia del matrimonio es la unión libre de dos personas; por ende, dicho proyecto es susceptible de truncarse legítimamente, sin perjuicio de la indemnización de otro tipo de daños (Poder Judicial del Perú 2012, 65).

Los proyectos de vida no son resarcibles por la sencilla razón de que son invisibles y cambiantes (León Hilario 2007, 16), quizá mi proyecto de vida en un inicio fue tener un matrimonio con ciertas características deseables, sin embargo, debido a las circunstancias, ahora mi proyecto de vida será divorciarme y formar una nueva familia. La frustración del proyecto de un cónyuge no puede significar la frustración del otro, en todo caso, se puede frustrar un proyecto de vida pero surgirá uno nuevo y mejor que aquél agonizante y deteriorado.

Consideramos, que por la misma característica que reviste el proyecto de vida de ser libre, no está supeditado a la existencia de otra persona, la libertad es una cualidad

inherente al ser humano como ente individual, vale decir, que mi proyecto de vida, en sentido amplio, no se traduce en el hecho de estar unido a una determinada persona, si con ésta no alcancé la forma de vida anhelada, no se puede frustrar mi proyecto de conseguir esa felicidad con otra persona o quizá en solitario, dicha felicidad, en puridad, constituye es el fin supremo de la persona, como bien lo expresara Aristóteles en su obra La Política.

Por más que mi proyecto matrimonial haya sido frustrado, se me permite alcanzar el mayor proyecto de vida, la felicidad. Por tanto, el divorcio remedio e incluso el divorcio sanción, me brinda la posibilidad de separarme física y jurídicamente de quien no me otorga esa felicidad (El derecho fundamental de no permanecer unido a quien no se ama), y en correlato, le permite encontrar ese bienestar a quien ya no estará vinculado a mí. Esa es una razón muy importante por la cual se deshecha la posibilidad de resarcir el daño al proyecto de vida, por ello, expresamos que más daño al proyecto de vida se causaría si no existiera el divorcio, que habiendo éste, pues se permanecería unido a quien hace daño o simplemente con quien los deberes matrimoniales son nulos.

3.3.3. Antijuridicidad

Una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (Taboada Córdova b 2003, 32).

El elemento natural del hecho jurídico ilícito que genera la obligación de resarcir un daño causado es justamente la ilicitud del mismo, el maestro Lizardo Taboada hace la siguiente asunción: "Solo nacerá la obligación legal de indemnizar cuando los daños sean consecuencia de conductas antijurídicas, pues si los daños son consecuencia de conductas permitidas legalmente, no habrá obligación alguna de indemnizar" (Taboada Córdova 2003, 20-21).

Si bien el sistema del derecho de familia, durante años ha sancionado las conductas que generaban inestabilidad a la institución del matrimonio y por ende a la familia en sí, tales como la inobservancia de los deberes conyugales; la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio, ha hecho todo lo contrario, esto es, ha legitimado el incumplimiento de uno de los deberes fundamentales del

matrimonio como es la convivencia, pues lo que en un inicio constituía una conducta reprochable ha terminado por ser una actitud permitida para el logro de la disolución del vínculo matrimonial, una prueba de ello es que en la separación de hecho puede ser invocado el hecho propio (Martínez Huaripata 2010, 28).

Forzando al límite el análisis y tratando de adecuar los elementos de la responsabilidad civil, resulta poco aceptable encontrarnos ante una conducta, que sea reprochable, inmoral o no, es permitida por el derecho, y que inclusive contraviene las normas que conforman el orden público y las buenas costumbres, y que el derecho con la excusa de dar solución a una realidad social, ha terminado amparando.

3.3.4. Nexo de Causalidad

En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase (Taboada Córdova 2003, 35).

En el divorcio sanción es fácilmente identificable la existencia de un hecho o secuencia de hechos, que conducen a la separación de cuerpos o divorcio vincular, sin embargo en el divorcio por causal de separación de hecho no necesariamente es así, puesto que el hecho que provocó la separación no siempre es el determinante para causar el divorcio; ello, forzando una vez más, la aplicación de la responsabilidad civil. Pero lo que técnicamente se tendría que verificar, es si el divorcio remedio en sí provoca la existencia de daños, lo cual es inaceptable pues, una cosa es hablar de los hechos que causan el divorcio, y otra muy diferente, el divorcio como ente capaz de provocar daños, que como hemos venido analizando, es insostenible jurídicamente hablando.

3.3.5. Factores de Atribución

En cuanto al análisis de los factores de atribución para la, hasta aquí, improcedente aplicación de la responsabilidad civil en el divorcio remedio, es imprescindible examinarlos dentro de las tendencias contractual o extracontractual de la teoría mencionada.

Responsabilidad Contractual

El artículo 1218° del Código Civil italiano señala que la responsabilidad contractual nace por el incumplimiento de una obligación (Alpa 2001, 27). Pero, ¿Qué se entiende por "obligación"?, el profesor Heinrich Dernburg, citado por el jurista peruano Leysser León, la conceptúa así:

"Las obligaciones son relaciones jurídicas que consisten en el deber de una prestación, **con valor patrimonial**, del deudor al acreedor. Las obligaciones **deben producir un resultado económico**. Su fin es la transmisión de la propiedad de cosas corporales, o bien la concesión del uso de éstas, o (sobre todo en la vida moderna) servicios materiales o espirituales u otras ventajas" (León Hilario 2007, 78) (sombreado nuestro).

Precisamente, uno de los intentos por aplicar el resarcimiento en el divorcio remedio es identificando los deberes matrimoniales con las obligaciones propias de un contrato. Al respecto, Jorge Llambías, citado por Graciela Medina enfatiza:

"La prestación constitutiva del objeto de ella (obligación) debe tener un **contenido económico**. Si la prestación no fuese apreciable en dinero, el acreedor no tendría la obligación en su patrimonio, ni su patrimonio experimentaría daño alguno, por causa de su inejecución. Por lo tanto, **si la obligación no tiene contenido patrimonial, no se trata de una obligación stricto sensu**" (Medina 2008, 59).

Los deberes de fidelidad, asistencia y cohabitación entre los esposos no constituyen, por lo tanto, obligaciones en sentido propio. No procede extender el concepto de obligación a deberes insusceptibles de apreciación pecuniaria; en consecuencia, las causas que dan origen al divorcio no son consecuencia de la violación de obligaciones en sentido técnico, sino de deberes jurídicos extrapatrimoniales, por lo cual no cabe aplicarles el sistema resarcitorio del Derecho Privado patrimonial, pues tal aseveración altera la naturaleza de la institución.

Sin embargo, la jurista Elena Highton ha sostenido que la responsabilidad por los hechos derivados del divorcio es de contenido contractual, puesto que las normas de responsabilidad contractual corresponden no sólo cuando ha habido un contrato entre las partes sino también, en principio, en todos los casos en que hay obligación preexistente nacida de un acto lícito, pudiendo ser una obligación legal (Medina 2008, 59).

Consideramos, que efectivamente podría haber lugar para la responsabilidad civil contractual cuando se trate de divorcio sanción, puesto que existen claras afectaciones a los deberes matrimoniales, y a la vez un daño advertido por el cónyuge inocente, sin embargo, en el divorcio remedio, debido a la

falta de exposición de culpas, no se puede ordenar el resarcimiento de daños que, si bien es cierto pueden existir, no son factibles de identificar, por la misma esencia de encontrar soluciones antes que culpables.

Responsabilidad Extracontractual

Con el afán de encontrar en el divorcio por causal de separación de hecho una fuente de obligaciones resarcitorias, algunos doctrinarios consideran, que como no es apropiado escudriñar en las culpas de los cónyuges para la fijación de una prestación económica, se debería atribuir como elemento de antijuridicidad, la vulneración del deber genérico de no causar daño, y como factores de atribución a la **culpa, el dolo y el riesgo creado.**

De esta forma, el reconocido jurista en Derecho de Familia, Alex Plácido menciona: "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 Vilcachagua 2001, 381)

Esta apreciación no es correcta, puesto que no se puede comparar ni confundir el genérico deber de no causar daño a los semejantes, respecto de quienes no existe vínculo obligacional previo y cuya violación da lugar a la denominada responsabilidad aquiliana, que nace de la comisión de un delito o cuasidelito (art. 2043 del código civil italiano); con el conjunto de deberes propios del matrimonio, de un vínculo jurídico preexistente, y que cualquiera sea la fuente de éste, nunca será un delito o cuasidelito, puesto que dichos deberes nacen de fuente lícita (Medina 2008, 74).

Frustrado el intento de identificar factores de atribución subjetivos en el divorcio remedio, se ha tratado de encontrar una afinidad respecto a la responsabilidad civil objetiva y su consecuente factor del riesgo creado. Pero, **es totalmente ilógico y no fundamentado el criterio de considerar al matrimonio como una actividad riesgosa** ni tampoco pensarse que objetivamente se deba indemnizar el sufrimiento de uno de los cónyuges por el divorcio causado por el otro, si éste no fue culpable, aunque se produzca un daño grave a las aflicciones, ya que, en la especie, ni el matrimonio es una actividad o acto riesgoso ni lo es el divorcio, y existe un derecho positivamente reconocido a casarse y a poner fin al matrimonio; por ello, el ejercicio de ese derecho sólo puede originar el deber de reparar si el factor de atribución fue

el dolo o la culpa, y más precisamente, la culpa grave¹⁶
(Medina 2008, 24).

Responsabilidad Civil Especial: Responsabilidad Familiar

Llamativas también fueron las voces, en su mayoría de especialistas en derecho de familia, para invocar un tercer tipo de responsabilidad civil, llamada responsabilidad familiar. Ciertamente es que el Derecho de Familia está inspirado y gobernado por principios que le son propios, pero también tienen principios propios otras ramas del derecho privado, como el derecho societario, los derechos reales, el derecho laboral, etc. Y no por ello se trata de buscar un tipo de responsabilidad civil para cada una de ellas. Esta tesis tiene poco fundamento y no es acatada en el derecho comparado.

¹⁶ La culpa grave se caracteriza por la negligencia grosera en el cumplimiento de una obligación.

3.4: Indemnización por Sacrificio

Resulta evidente que lo que produce la asignación al cónyuge perjudicado no son los hechos ilícitos que producen el divorcio, sino la separación de hecho en sí misma, debido a las condiciones que varían respecto a la vida que gozaba dentro del matrimonio, cuando se cumplía adecuadamente el deber de cohabitación.

Al respecto, la profesora española Herminia Campuzano, citada por Luis Alfaro Valverde advierte que la causa o fuente inmediata del deterioro o perjuicio económico es incuestionablemente el divorcio, sin embargo su causa mediata y determinante son las condiciones en las que se llevó la vida matrimonial¹⁷. En ese sentido, se infiere válidamente que el legislador peruano al regular dicho supuesto, buscó indemnizar al cónyuge que más pierde (cónyuge que resulte más perjudicado) con la ruptura del vínculo matrimonial generada por la separación de hecho, hasta ese momento latente. (Alfaro Valverde 2011, 81).

¹⁷ En la doctrina española Campuzano Tomé afirma que: "tal derecho nace y es una consecuencia directa de la separación o divorcio" y agrega que: "hay que distinguir entre presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitar la pensión, dentro de los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la misma, incluyéndose aquí el fundamental desequilibrio económico; es en éste donde la relación matrimonial adquiere una importancia decisiva"

Existe una posición jurídica que proviene básicamente de la doctrina española, en ella se viene sosteniendo que el instituto estudiado encuentra su naturaleza jurídica en la figura denominada **indemnización por sacrificio**, la que se asimila a aquellos casos en los que la ley obliga a una persona al pago de una indemnización que no constituye manifestación de una responsabilidad y ello es así porque no concurren sus elementos que lo caracterizan.

En este sentido, **sería la ley o dispositivo normativo la que ciertamente impone o atribuye la obligación de una prestación dineraria a la que el legislador nacional ha denominado "indemnización"** y el fundamento o sustento jurídico de esa imposición es, según la doctrina comparada, una desigual distribución de cargas, una situación de sacrificio especial, o simplemente una situación de enriquecimiento a expensas de otro. Es del mismo parecer la profesora Corral Talciani, quien suele distinguirla bajo el nombre de **"indemnización por afectación lícita de derecho"**; en virtud de la cual se designa la "suma que debe pagarse a quien debe soportar una carga o privación de un derecho por un imperativo jurídico justificado" (Alfaro Valverde 2011, 84)- (sombreado nuestro).

Es de la misma perspectiva el reconocido jurista español Luis Diez-Picazo, a quien se debe la denominación "indemnizaciones por sacrificio" y al referirse a ellas, afirma que el hecho de que la responsabilidad extracontractual cumple la función de indemnizar un daño, obliga a separar las compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de una pérdida, ablación o limitación forzada de derechos subjetivos; como recompensa parcial del sacrificio que se exige a sus titulares.

Continúa el destacado jurista afirmando, que en las leyes y en la práctica jurídica se las denomina a estas compensaciones a veces **indemnizaciones**, sin que exista inconveniente en admitir un uso amplio equívoco de la palabra; siempre que se tenga bien claro que **las indemnizaciones por sacrificio son netamente distintas de las genuinas indemnizaciones de daños** (Díez- Picazo 1999, 56-57).

Lo señalado por el destacado maestro, es aquello que las doctrinas italiana y alemana anteladamente han referido, la existencia de prestaciones ordenadas por la ley en virtud del desplazamiento en la esfera patrimonial de un sujeto a otro, las mismas que son denominadas "indemnizaciones", y que si bien es cierto el mencionado jurista español atribuye el

mismo nombre a las obligaciones nacidas de la responsabilidad civil, sin embargo, a éstas les correspondería la acuñación "resarcimiento", a decir de los modelos rectores del civil law, con mayor amplitud esta diferenciación se la hará notar en el último capítulo de este trabajo.

Consideramos que la naturaleza jurídica de la asignación otorgada al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, corresponde a esta última categoría, esto significa, que dicha prestación se otorga en virtud de un desequilibrio patrimonial originado por la separación, y que para fijar el monto, toma como criterios fundamentales los que adopta la pensión compensatoria del modelo español, básicamente el sacrificio en la tarea del hogar y que a consecuencia de ello, el otro cónyuge haya podido desarrollar sus actividades de una forma adecuada en beneficio del hogar.

La prestación que se otorga por el desequilibrio patrimonial, y que se manifiesta en supuestos como la expropiación, el despido arbitrario en materia laboral, el rompimiento de la promesa de matrimonio, etc., es denominada "**INDEMNIZACIÓN**", y no tiene como fuente originaria la responsabilidad contractual o extracontractual, sino un mandato normativo, en otras palabras, está expresamente contenida en una **OBLIGACIÓN LEGAL**.

CAPÍTULO IV

INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO

Ahora bien, a fin de establecer los criterios diferenciadores de los conceptos: indemnización y resarcimiento, ya no utilizaremos la clasificación típica que doctrinariamente heredamos del maestro Carlos Fernández Sessarego, en cuanto a la delimitación de daños, sino la que originariamente ha sido la fuente del civil law, y cuyos principios rectores, a nuestro entender, han sido trastocados en el afán de otorgar una mayor protección a la persona. A esta última doctrina nos adherimos, por considerarla históricamente más apropiada.

Decíamos desde un inicio, que la principal confusión se da debido a que, no sólo en Perú sino en muchos ordenamientos jurídicos, se utiliza el término indemnización de daños, para responder a las obligaciones propias de la responsabilidad civil, si nos orientáramos por la doctrina tradicional, no podríamos identificar las diferencias conceptuales de indemnización y resarcimiento, y ello conlleva a que cada vez que se hable de indemnización, los operadores jurídicos entiendan un resarcimiento de daños. Así que la delimitación a realizar, no es un mero capricho de distinción terminológica, es que ya es momento de que nuestro sistema entienda que no se debe copiar por copiar, sino analizar históricamente la importación de figuras, pues las consecuencias no son las mejores y ya las estamos conociendo.

En castellano, "indemnizar" es sinónimo de "resarcir" (según la 22ª. ed. del Diccionario de la RAE). En alemán **se distingue** entre Schadensersatz y Entschädigung, y lo mismo, por derivación, en italiano, indennità y risarcimento (y también existe indennizo). Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos, risarcimento es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños, indennità es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido justificado, etc. (León Hilario 2003, 17).

4.1. Indemnización

El profesor italiano Cesare Salvi, en su libro "La responsabilità civile", refiere en cuanto a las obligaciones indemnizatorias, lo siguiente:

"Lo que caracteriza a tales hipótesis (obligaciones indemnizatorias)...es el hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente permanente, de la esfera jurídica de dos sujetos, con incremento de una sobre la 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" (Morales Hervias 2011, 49).

El profesor Leysser León, trae a colación una serie de supuestos en los cuales se otorga la prestación indemnizatoria en el Perú:

"La indemnización se presenta en infinidad de supuestos: en las transferencias coactivas de derechos reales (en la expropiación o en la constitución de servidumbre legal de paso, por ejemplo), en el campo de los seguros privados (donde las sumas pagadas por las aseguradoras son estipuladas mediante contrato, y no necesariamente cubren, a la larga, el monto exacto de los daños sufridos), en el derecho laboral (donde las cantidades a abonar por los trabajadores, en caso de despido injustificado, por ejemplo, se liquidan en un mayor o menor número de remuneraciones, conforme a un método de cálculo señalado en nuestra legislación del sector), o en el caso de los llamados "actos lícitos dañosos", como el que se presenta cuando alguien ocasiona daños a bienes ajenos para conjurar peligros actuales o inminentes" (León Hilario 2007, 501-502)

4.2. Resarcimiento

En palabras del Dr. Rómulo Morales Hervias, Resarcir, significa "retirar el daño y el monto resarcitorio implica una prestación equivalente a ese daño a fin de suprimirlo" (Morales Hervias 2011,54). Es decir, resarcimiento implica una desaparición del daño, se podría entender disgregando tal

término RE- SARCIR (re- parar, volver a hacer o volver a parar), por consiguiente solo puede ser resarcido aquello que puede reemplazarse con algo similar o equivalente.

Ese es el concepto primigenio de resarcimiento, adoptado por las principales doctrinas europeas; es por ello que sólo era considerado resarcible aquello que podría reemplazarse (consecuencias patrimoniales), eliminando de este modo el daño; así pues, a fines del siglo XIX, uno de los mejores y primeros tratadistas del daño moral, el profesor italiano Carlo Francesco Gabba, citado por Leysser León, mencionaba lo siguiente:

El resarcimiento del daño moral es sencillamente una "imposibilidad jurídica", Pero el autor italiano se cuida de exigir la "necesaria distinción entre perjuicios a la persona que son resarcibles, en cuanto daños patrimoniales indirectos (muertes o heridas) y daños morales irresarcibles, porque no son capaces de lesionar el patrimonio, ni tampoco un objeto exterior y visible (disminución de valores personales, físicos o morales; dolores físicos o sufrimientos de ánimo; privación de ventajas morales) (León Hilario L. 2003, 12).

Posteriormente, y alcanzando la responsabilidad civil más arraigo en los estudios de juristas europeos, se fortalece en base a su funcionalidad, de este modo, el profesor italiano L. Corsaro, explica de esta forma:

La responsabilidad civil cumple funciones de: **reparación** (o reintegración), porque aspira a "reconstruir para el

damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)"; de **prevención**, "en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros"; de **punición**, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de **distribución**, porque "la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido"(León Hilario 2003, 15-16).

Refiriéndose al resarcimiento del daño moral, Adolfo DI MAJO, refiere que la función **no es reparadora**, sino que cumple una **función compuesta**, porque, "por un lado, se tiende a brindar una forma de **satisfacción** y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un beneficio económico -y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin- y, por otro lado, para **sancionar** el comportamiento del responsable de la infracción".

Actualmente se habla de una función **consolatoria-punitiva**, cuya finalidad es quizá, en palabras de Giovanni

Bonilini "aquietar el sentimiento de venganza del sujeto lesionado, mediante la punición del culpable" (Morales Hervias 2011, 53), y es fijado por el juez basado en un criterio de equidad.

Respecto al daño a la persona, diremos que es una creación simplemente ilustrativa, que se utiliza para identificar el daño a la integridad psicofísica, y que excluye todo tipo de consecuencias patrimoniales, en atención a ello, el daño moral en su sentido lato, abarcaba ya estos conceptos, no se entiende por qué se trata de repetir la categoría, haciendo creer que existe una relación de conjunto- elemento.

En un intento de aprovechar al máximo el sentido de la expresión, Pier Giuseppe MONATER sostiene que el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipos distintos de daño, sin importar si estos son asumidos como resarcibles o no:

a) Daño a la salud psicofísica con reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna manera, repercusiones negativas en el rédito futuro del sujeto lesionado.

b) Daños a la salud psicofísica independientes de reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de lesiones psicofísicas individuales, y por lo tanto, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado, en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos

negativos en el patrimonio o en el rédito de dicho sujeto.

c) Daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna manera, tienen una influencia negativa en el rédito monetario del damnificado.

d) Daños por sufrimientos (del tipo *sub c*) independientes de reflejos pecuniarios: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados en cuanto tales, que no se traducen en consecuencias monetarias negativas (León Hilario 2003, 24).

Como es de verse las consecuencias patrimoniales, son resarcibles en el campo de los denominados daños patrimoniales, y la clasificación d) está referida a los daños morales, cuyo fundamento de su resarcimiento no es precisamente reparador sino consolatorio- punitivo.

El debate se encontraba en el ítem b) de esta clasificación, pues pudieran haber daños que no importaran un desmedro patrimonial ni tampoco sufrimientos o padecimientos, como por ejemplo: la muerte cerebral de un pensionista. Es allí cuando surgió la doctrina del daño biológico

Paolo ZATTI y Vittorio COLUSSI, citados por Leysser León resumen en los siguientes términos el esquema resarcitorio en cuanto al Daño Biológico:

a) Al interior del concepto de daño se debe distinguir el **daño-evento** de los **daños-consecuencias**: el daño-evento consiste en la **lesión del interés protegido**, en sí misma considerada; los daños-consecuencias son aquellos perjuicios ulteriores, de orden **patrimonial** o **moral**, que **derivan** de la lesión.

b) El **daño biológico** es el **daño-evento**, constituido por la **lesión en sí misma considerada**, de la integridad psicofísica (derecho absoluto protegido por el art. 32 de la Constitución), y debe ser distinguido, por lo tanto, sea de las **consecuencias** de orden **patrimonial**, sea de aquellas de orden **moral** (León Hilario 2003, 27).

De esta forma cuando se produzcan daños resarcibles, se otorgará un monto económico en atención a tan sólo tres conceptos: daño patrimonial, daño moral subjetivo y daño biológico.

Mención a parte merece el inoperante Daño al Proyecto de Vida, cuyas bases son cada vez más cuestionadas, sea por el carácter variable de los proyectos de vida, por las circunstancias impredecibles de la misma, sea por el carácter discriminador que esta clasificación imprime, a decir del profesor Leysser León, "En situaciones normales, el agente del daño no tiene a la vista "proyectos de vida"; él tiene a la vista a sus congéneres, a seres iguales que él, a los cuales debe respetar, sobre la base del derecho a la integridad de las situaciones jurídicas subjetivas y del patrimonio. Frente a los protagonistas de un "caso" cualquiera de responsabilidad civil en términos jurídicos, o

sea, frente al agente y al damnificado, el derecho privado es, y debe ser, "igualitario". No hay ninguna justificación para diferenciar a las víctimas por sus "proyectos de vida".

Si se quiere insistir en la figura del "daño al proyecto de vida", eso será a costa de transformar la responsabilidad civil en un instrumento para consolidar, en el plano del derecho, la desigualdad económica y social (...) (León Hilario 2007, 16-17). Los proyectos de vida existen, sin embargo su aparente afectación no reviste naturaleza resarcitoria.

No se deben crear categorías que a la luz del conocimiento son inexistentes, los tipos de daño no se crean por los bienes afectados sino por los intereses conculcados, al respecto, el profesor argentino Pedro Iribarne, atinadamente refiere:

"El daño a la persona puede generar daño patrimonial o daño moral, lo mismo que el daño a las cosas puede generar daño patrimonial o daño moral; en fin, el daño antijurídico, como lesión a un interés, puede ser solo patrimonial o moral (Extrapatrimonial); no hay un tercer género. Para este autor, las pregonadas autonomías de los llamados daño estético, psíquico o a la vida de relación dimanán de una incorrecta conceptualización del daño en sentido jurídico, pues se apunta a los bienes menoscabados y no a los intereses conculcados" (Iribarne 2008, 1995).

CONCLUSIONES

- La naturaleza jurídica de la asignación otorgada al cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho, es ser una prestación indemnizatoria contenida en una obligación legal, que tiene como fundamento el desequilibrio económico de uno de los cónyuges respecto del otro, ocasionado por la separación.
- La asignación por el perjuicio, tiene como fuente una obligación legal, a raíz de una situación de disparidad económica por la afectación lícita de expectativas dentro del matrimonio; lo cual es muy diferente a la producción de daños resarcibles que conllevan a la responsabilidad contractual o extracontractual cuya característica particular es la antijuridicidad; y también es diferente a la obligación alimenticia, pues ésta se gradúa en base a las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante, requisitos inobservables para la fijación del monto indemnizatorio en el divorcio remedio.

- Es impertinente la aplicación de la responsabilidad civil en el divorcio por causal de separación de hecho, ya que en éste no se ventila ningún tipo de factores de atribución subjetivos, por el contrario, para el perfeccionamiento de esta causal se necesita el cumplimiento de tres requisitos: 1) Objetivo: rompimiento del deber de cohabitación, 2) Subjetivo: Negativa de retomar la convivencia, 3) Temporal: período requerido de separación de hecho (2 años cuando no cuenta con hijos menores y 4, cuando sí se los tiene).
- La indemnización en el derecho comparado, específicamente en los modelos europeos, italiano y francés, está identificada con el desplazamiento patrimonial de la esfera jurídica de uno hacia otro sujeto, lo cual no reviste la construcción de daños resarcibles; en cambio el resarcimiento está vinculado directamente a la teoría de la responsabilidad civil, y debería implicar solamente el reconocimiento de tres tipos de daño: daño patrimonial, daño moral (extrapatrimonial) y el daño biológico, pues el daño al proyecto de vida y daño a la persona son inoperantes como categorías resarcitorias.

LISTA DE REFERENCIAS

- Referencias Bibliográficas:

ACEDO PENCO, Ángel- PÉREZ GALLARDO, Leonardo. "El Divorcio en el Derecho Iberoamericano", Editoriales: Zavalía- Argentina, Temis- Colombia, Ubijus- México, Reus- España. España 2009.

ALFARO VALVERDE, Luis. "La indemnización en la Separación de hecho", Gaceta Jurídica, Editorial El Búho, Primera Edición, Lima- Perú, 2011.

ALPA, Guido. "Responsabilidad Civil y Daño", Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima- Perú, 2001.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia". Astrea, Buenos Aires- Argentina, 2004.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. "Derecho Familiar Peruano", Gaceta Jurídica Editores, Lima- Perú, abril 1999.

CABANELLAS, Guillermo. "Separación de Hecho". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXV, Ediciones Omeba, Buenos Aires- Argentina.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "*La responsabilidad extracontractual*". Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen IV, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima- Perú, 1988.

DÍEZ PICAZO, Luis. "*Derecho de Daños*", Civitas, Madrid-España, 1999.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "*Derecho de la Responsabilidad Civil*", Gaceta Jurídica Editores, Primera Edición, Lima-Perú, Junio de 2012.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Apuntes para una Distinción entre el Daño al Proyecto de Vida y el Daño Psíquico", En: *Themis*, Segunda Época, N° 22, Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima-Perú, 1995.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El Daño al Proyecto de Vida en una Reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Diálogo con la Jurisprudencia, Año 5, N° 12, Editorial Gaceta Jurídica, 1999, Lima- Perú.

IRIBARNE, Pedro. "De los Daños a las Personas", Ediar, Buenos Aires- Argentina, 1995.

JURISTA EDITORES, "Plenos Casatorios en Materia Civil". Lima, Perú 2011.

LEÓN, Leysser, "¡30, 000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el "daño al proyecto de vida" continúa inflando peligrosamente los resarcimientos" en: Diálogo con la Jurisprudencia, Año XII, N° 104, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

LEÓN, Leysser. "Derecho de las Relaciones Obligatorias". Jurista Editores, Primera Edición, Lima- Perú, setiembre de 2007.

MARTÍNEZ HUARIPATA, Miguel Ángel. *"La Obligación Legal de velar por la Estabilidad del Cónyuge Perjudicado por la separación de hecho"*, Trabajo monográfico para obtener el título de abogado en la Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca- Perú 2010.

MEDINA, Graciela, *"Daños en el Derecho de Familia"*, Rubinzal - Culzoni Editoriales, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires- Argentina, 2008.

MORALES HERVIAS, Rómulo. *"Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el tercer Pleno Casatorio"* en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año XVI, N° 153, Gaceta Jurídica, Lima 2011.

PIZARRO WILSON, Carlos. *"La Compensación Económica en la Nueva Ley del Matrimonio Civil"* En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Chile, 2004.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. *"Manual de Derecho de Familia"*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima- Perú, 2001.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil", Editorial Gaceta Jurídica, Lima- Perú, 2008.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ, "Libro de Especialización en Derecho de Familia", Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima- Perú, 2012.

SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. "Guía para elaborar Tesis", Editorial de la Universidad Nacional de Cajamarca, Primera Edición, Cajamarca- Perú 2006.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil", Editorial Grijley, Lima- Perú, Edición 2001.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil", Editorial Grijley, Lima- Perú, Edición 2003.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, "Divorcio, Filiación y Patria Potestad", Lima Editora, Jurídica Grijley, Lima-Perú, Edición 2004.

- **Web Sites**

DIARIO DE DEBATES del Congreso de la República, Segunda Legislatura Ordinaria de 2000 25°B Sesión jueves 07 de junio de 2001, disponible en: <http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/052564B400212FE105256A65002F40CD>, Consultado el 20 de Octubre de 2012.

LEÓN, Leysser. *Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano.* 2003. Disponible en: www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ_art57.PDF. Consultado el 26 agosto de 2012.

LEÓN, Leysser. "Incapacidad de Discernimiento de Indemnización equitativa". Disponible en: www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/leon.pdf. Consultado el 05 de setiembre de 2012.

LEÓN, Leysser. "Inflando los resarcimiento con Automatismos- El daño al Proyecto de Vida y Otros Espejismos de la Magistratura Peruana". Disponible en: works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leysser. Consultado el 05 de febrero de 2013.

REVISTA IMPAR. "El divorcio en la historia". Disponible en: www.enj.org. Consultado el 10 de setiembre de 2012.