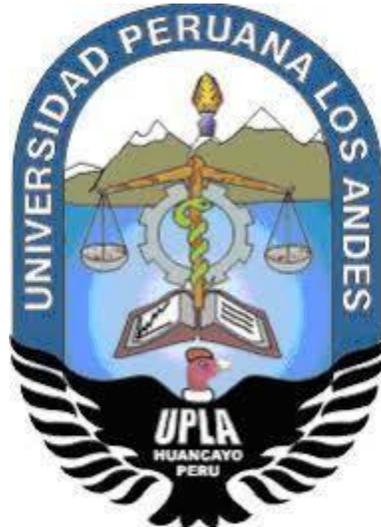


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

Título : Crítica al Tercer Pleno Casatorio Civil respecto a la demarcación entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico del Estado peruano

Para optar : El Título Profesional de Abogado

Autor : Barraza Pizarro, Jerry Jimy
Povis Jesus, Emely Nitza

Asesor : Mg. Héctor Arturo Vivanco Vásquez

Área de investigación : Ciencias Sociales

Línea de investigación : Desarrollo Humano y Derecho

Fecha de inicio y culminación : abril 2019 a diciembre 2019

Huancayo – Perú

2020

DEDICATORIA

A Héctor Barraza, que con su esfuerzo y ejemplo me enseñó a enfrentar la vida; y a Elva Pizarro por su dedicación y constancia, hicieron hacedero este logro.

A Luis Pavis, que con su fortaleza y esfuerzo hizo posible esta historia universitaria; y a Lila Jesús, que, con su perseverancia y apoyo, incentivó este sueño jurídico; mixtura perfecta de enseñanza y virtud.

AGRADECIMIENTO

A mi ilustre asesor y a la Universidad Peruana Los Andes, por la formación académica
brindada.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	3
RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
1.1. Descripción del problema.....	15
1.2. Delimitación del problema.....	17
1.2.1. Delimitación espacial.....	17
1.2.2. Delimitación temporal.....	18
1.2.3. Delimitación conceptual.....	18
1.3. Formulación del problema.....	18
1.3.1. Pregunta general.....	18
1.3.2. Preguntas específicas.....	18
1.4. Justificación.....	19
1.4.1. Social.....	19
1.4.2. Científica-teórica.....	19
1.4.3. Metodológica.....	20
1.5. Objetivos.....	20
1.5.1. Objetivo general.....	20
1.5.2. Objetivo específico.....	20
1.6. Marco teórico.....	21

1.6.1. Antecedentes de la investigación.....	21
1.6.1.1. Antecedentes internacionales	21
1.6.1.2. Antecedentes nacionales.....	22
1.6.1.3. Antecedentes locales	35
1.6.2. Bases teóricas.....	36
1.6.3. Marco Conceptual.....	120
1.7. Hipótesis	122
1.7.1. Hipótesis general.....	122
1.7.2. Hipótesis específicas.....	122
1.7.3. Variables	122
1.8. Operacionalización de variables	123
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	125
2.1. Método de investigación	125
2.1.1. Métodos generales	125
2.1.2. Métodos específicos.....	126
2.2. Tipo de investigación.....	127
2.3. Nivel de investigación.....	128
2.4. Diseño de la investigación	128
2.5. Población y muestra	130
2.6. Técnicas y/o instrumentos de recolección de datos	132
2.6.1. Técnicas de recolección de datos.....	132
2.6.2. Instrumentos de recolección de datos	132
2.7. Procedimientos de la investigación.....	132
2.8. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	133

CAPÍTULO III: RESULTADOS	134
3.1. Resultados de la hipótesis uno	134
3.2. Resultados de la hipótesis dos.....	139
3.3. Resultados de la hipótesis tres	144
3.4. Resultados de la hipótesis cuatro	149
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	155
4.1. Discusión de la hipótesis uno.....	155
4.2. Discusión de la hipótesis dos	158
4.3. Discusión de la hipótesis tres	160
4.4. Discusión de la hipótesis cuatro.....	163
4.5. Discusión de la hipótesis general	165
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	170
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES.....	172
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	173
ANEXOS.....	182
Matriz de consistencia.....	183
Muestra de recolección de datos	185
Compromiso de autoría.....	187

RESUMEN

La presente investigación surge como consecuencia de la pregunta general de investigación: ¿De qué manera se ha motivado el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado Peruano?, en consecuencia, tiene como **objetivo general** analizar la motivación empleada por el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano, y como **hipótesis general**: “El Tercer Pleno Casatorio Civil ha motivado deficientemente la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico”; por tal motivo es que nuestra investigación guarda un **método de investigación** de corte jurídico dogmático, esto es con un método general denominado la hermenéutica, asimismo presenta un tipo de investigación básico o fundamental, con un nivel correlacional y un diseño observacional, se utilizará la técnica del análisis documental que serán procesados mediante la argumentación jurídica por medio de la ficha textual y de resumen.

Palabras clave: Precedente vinculante, objeto de estudio, fin de estudio, indemnización, resarcimiento, ontología.

ABSTRACT

The present investigation arises as a consequence of the general investigation question: How has the Third Civil Cassation Plenary been motivated to differentiate compensation and compensation in the Peruvian State? Consequently, its general objective is to analyze the motivation used by the Third Plenary Civil Cassation to differentiate compensation and compensation in the Peruvian State, and as a general hypothesis: "The Third Plenary Civil Cassation has poorly motivated the difference between compensation and compensation in our legal system"; for this reason it is that our research keeps a method of research of a dogmatic legal nature, that is, with a general method called hermeneutics, it also presents a type of basic or fundamental research, with a correlational level and an observational design, the technique will be used of the documentary analysis that will be processed through legal argumentation by means of the verbatim and summary file.

Key words: Binding precedent, object of study, end of study, compensation, compensation, ontology.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como propósito analizar la motivación empleada por el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar a indemnización y el resarcimiento en el Estado Peruano, a razón de que el pleno es un precedente vinculante, por lo tanto, las ratio decidendi contenidas en el son de aplicación obligatoria, debiendo por ello, estar debidamente motivadas.

Por consiguiente, la presente investigación está compuesta por seis capítulos, así vamos a detallar de manera general cada una de ellas. **En el primer capítulo** denominado Planteamiento del problema, se desarrollan tópicos como la descripción de la realidad problemática, delimitación del problema, la justificación, entre otros.

En éste primer capítulo se pone énfasis a la formulación del problema, la cual tiene como pregunta general: ¿De qué manera se ha motivado el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado Peruano?, asimismo en el objetivo general dela investigación, el cual es: Analizar la motivación empleada por el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano, y finalmente presentar la hipótesis general: “El Tercer Pleno Casatorio ha motivado deficientemente la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico”, la cual será sometida a contrastación.

Posteriormente, se desarrollan los antecedentes de investigación, con la finalidad de saber cuales fueron los trabajos anteriores y determinar cual fue el último status de las investigaciones sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil (que es la variable independiente) y la Indemnización y el Resarcimiento (que es la variable dependiente), asimismo se detallan las

bases teóricas de la investigación, las mismas que se profundizaron y sistematizaron de acuerdo a las variables de investigación.

En el **capítulo dos** cuyo título es Metodología es donde se desarrollan y describen la forma en la cual se realizará la recolección y el procesamiento de la información, de tal suerte que para el caso nuestro, se utilizó el método general de la hermenéutica, como método específico la hermenéutica jurídica, asimismo se utilizó un tipo de investigación básico o fundamental, un nivel correlacional y un diseño observacional, en seguida se utilizó la técnica del análisis documental junto con su instrumento que es la ficha textual, de resumen y bibliográfica.

En el **capítulo tres** denominado Resultados en donde se puso en evidencia en forma más sistemática los datos que se utilizarán para el correspondiente análisis y discusión con el objeto de arribar a una contrastación de hipótesis, entonces en éste capítulo en el cual por cada hipótesis específica se consiguió sistematizar toda la información recabada en las bases teóricas para luego realizar un examen crítico académico, siendo los principales resultados:

- El Tercer Pleno Casatorio Civil, contenido en la Casación N° 4664-2010 PUNO, se llevó a cabo (la vista de la causa) el 15 de diciembre del 2010 en virtud de la procedencia excepcional del recurso, pues fue motivada por los distintos y contradictorios criterios empleados para la resolución de casos relacionados con la separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho; y sobre todo, por la los enfoque contradictorios en torno a la indemnización (regulada en el artículo 345-A del Código Civil) otorgada como consecuencia de ésta. Así, el Pleno, al ser considerado un precedente judicial vinculante, contiene Ratio Decidendi, tanto implícitas como expresas.

- La **regla vinculante N° 06**, constituye una Ratio Decidendi expresa del Tercer Pleno Casatorio Civil, pues señala: “La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.” De la cual se pueden extraer dos preceptos principales: (a) La indemnización tiene naturaleza de OBLIGACIÓN LEGAL; y (b) El fundamento de la indemnización NO ES la responsabilidad civil.
- Las figuras e Instituciones Jurídicas están compuestas por tres elementos esenciales: (a) el objeto de estudio, (b) métodos de estudio, (c) fin de estudio. El Objeto de estudio es entendido como el punto de referencia del cual se parte, que puede ser una cosa o una idea; a su vez, el método de estudio es entendido como el camino racional usado para llegar a un resultado deseado; mientras que, el fin de estudio está orientado a lo que se desea obtener, encontrar o producir; es decir, es el elemento encargado de anticipar lo que se tendrá de la suma entre el objeto y el método de estudio. El contenido de los elementos de una institución jurídica puede variar dependiendo del sujeto cognoscente; éste último es quien, a través de su actividad subjetiva, otorgará conceptos, conjeturas, características, o cualidades a los objetos de estudio, para, posteriormente, a través del método de estudio obtener la finalidad esperada.
- El resarcimiento, al estar contenido en la institución jurídica de la Responsabilidad Civil, es estudiado por diversos doctrinarios (sujetos cognoscentes); entre ellos, los más resaltantes, Lizardo Taboada Córdova, Juan Espinoza Espinoza, Fernando de Trazegnies Granda, Leysser Luiggi León

Hilario, y Piero Guido Alpa, coinciden que: (a) el objeto de estudio es el daño; y (b) el fin de estudio es la reparación del daño a cargo del responsable. Respecto al método de estudio, también coinciden en que son los elementos de la responsabilidad civil; sin embargo, disienten respecto a la cantidad de los mismos. Por consiguiente, en el resarcimiento se busca la reparación del daño a cargo del responsable, el cual, es determinado a través de los elementos de la responsabilidad civil.

- La indemnización, por otro lado, no está inmersa en una institución jurídica, por ello, es estudiada indistintamente en las figuras jurídicas que la regulan dentro del Código Civil, las más resaltantes son: la Expropiación, regulada en el artículo N° 928; la Ruptura de promesa matrimonial, regulada en el artículo N° 240; la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en el artículo N° 1470; y la Reparación del cónyuge inocente, regulada en el artículo N° 345-A. En cada una de estas figuras, se tiene como objeto de la indemnización, el daño causado, independientemente de las circunstancias especiales; y de igual manera, se tiene como finalidad, la reparación del daño causado, consignado con distintos términos como compensación, reparación, etc. El método de estudio utilizado en la indemnización, es la imputación inmediata de la comisión de un daño al sujeto que cumple con el supuesto normativo previsto y delimitado en cada una de las figuras jurídicas; por ello, solo se requiere la comprobación de la realización del hecho por parte del sujeto al cual se le imputa.

El **capítulo cuatro** nombrado Análisis y discusión de los resultados, es donde ya se realiza por cada hipótesis específica una valoración de juicio contando con la información

sistematizada a fin de llegar o arribar a conclusiones lógicas argumentativas y sobre todo para lograr contrastar las hipótesis específicas y luego la hipótesis general, así siendo las principales discusiones fueron:

- El fundamento N° 54 no a sido motivado correctamente pues la designación de naturaleza jurídica de obligación legal por parte del Tercer Pleno Casatorio Civil a la indemnización producto del divorcio por causal de separación de hecho, no tiene un sustento ontológico sólido ello fundamentado al considerar que la esencia de ambos (indemnización y resarcimiento) es el mismo, teniendo como referencia el objeto de estudio de cada uno de ello, concluyendo que para ambos es el daño, y de la misma manera, para ambos el fin de estudio es la reparación del daño.
- El fundamento N° 57 respecto a la diferenciación entre indemnización y resarcimiento no brinda argumentos suficientes, al contrario, al estar basado en la posición de un amicus curiae como Leysser León, su postura es aceptada sin que contenga una justificación valida, pues una distinción etimológica no es un argumento válido para que señalar que la indemnización y el resarcimiento son ontológicamente distintos.
- El fundamento N^a 59 al señalar que para establecer (o no) una suma dineraria producto de la indemnización al cónyuge más perjudicado con el divorcio por separación de hecho no se requiere la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, no motiva adecuadamente; pues aunque sea una práctica aceptada la no aplicación de los elementos de la responsabilidad civil como método de estudio de la indemnización; esta no debería ser así en orden que con el resarcimiento contienen el mismo objeto y fin de estudio.

- La regla vinculante N° 06 en relación a la distinta naturaleza jurídica de la indemnización y el resarcimiento ha sido motivada defectuosamente, pues además de no precisar de qué tipo de indemnización hace referencia, no brindan argumentos que sustenten que el fundamento de la responsabilidad civil este desligado al de indemnización, ni mucho menos fundamentan la posición de que la indemnización está sustentada en la equidad y solidaridad familiar.

Finalmente, con los **capítulos cinco y seis**, se exponen las conclusiones y sus consecuentes recomendaciones, las cuales están expuestas en orden sistemático, en otras palabras, que existe una conclusión por cada hipótesis específica y general, al igual que las recomendaciones, que en nuestro caso fueron cinco en cada uno.

Teniendo la seguridad de que la tesis sea de utilidad para nuestra comunidad jurídica, auguramos una alturada discusión del tema, con la finalidad de consolidar nuestra postura académica y la de los operadores del derecho.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El ordenamiento jurídico peruano, sin ser ajeno a la importación de figuras o mecanismos jurídicos, adopta, del Common Law, la figura del precedente vinculante; ésta, regulada en el artículo 400° del Código Procesal Civil, vincula a los órganos jurisdiccionales a su observancia obligatoria; por lo que es de común aplicación no solo por los magistrados sino también por los abogados al incoar un nuevo proceso judicial. En consecuencia, es al amparo de esta regulación que a la fecha han acontecido nueve Plenos Casatorios Civiles, en los que se abordan temas en los que existen distintas posturas doctrinarias, con la finalidad de llegar a un consenso para una uniforme aplicación en nuestro sistema normativo.

Es así que, uno de los temas en los cuales existían y existen criterios distintos y hasta contradictorios era en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, en específico en la figura regulada en el artículo 345-A del Código Civil, en la cual se otorga una indemnización a favor del cónyuge más perjudicado producto del divorcio; sin embargo la dicotomía surge respecto a los criterios a seguir para determinar al cónyuge más perjudicado, a los elementos probatorios, a que tenga que ser pedida de parte o la posibilidad de que pueda ser otorgada de oficio, y finalmente, respecto a su naturaleza jurídica. Entonces como consecuencia de la determinación de la naturaleza jurídica de la indemnización y su imprecisión al fundamentarla, nuestra investigación se enfoca en las siguientes variables de estudio: (a) Tercer Pleno Casatorio Civil y (b) Resarcimiento e Indemnización.

En el Tercer Pleno Casatorio Civil, luego de la audiencia pública concluye que la naturaleza jurídica de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado es de obligación legal, no obstante producto de los fundamentos brindados, se llega a afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico los términos indemnización y resarcimiento, incorrectamente, son usados sin distinción alguna; es así que al hablar de resarcimiento debe entenderse inmediatamente como una referencia inmediata a la Responsabilidad Civil, mientras que la indemnización siempre tratará de figuras independientes a la institución jurídica que se acaba de mencionar.

La Responsabilidad Civil al ser una institución jurídica, parte del derecho privado, orientada al análisis conceptual y pragmático de preceptos que tengan como objetivo el resarcimiento de los daños, comprende una metodología sistematizada para poder alcanzar su finalidad; por el contrario, la Indemnización, entendida como una figura jurídica ajena a la de la Responsabilidad Civil, se encuentra en supuestos aislados, regulados en artículos dispersos dentro de nuestro Código Civil. Es entonces, producto de esta diferencia planteada no solo por los magistrados de la Corte Suprema, sino por algunos académicos en calidad de Amicus Curiae, que estas dos variables ingresan en conflicto pues los argumentos esgrimidos para poder sustentar la distinción entre ambas figuras son poco precisas y confusas.

El tema a abordar entonces contendrá un análisis crítico y un desarrollo dogmático filosófico, pues se analizarán los fundamentos esgrimidos en el Tercer Pleno Casatorio Civil para establecer una diferencia entre indemnización y resarcimiento a razón de la determinación de la naturaleza jurídica de la figura del artículo 345-A° del Código Civil, y se contrapondrá con un desarrollo ontológico de la figura de la indemnización y del resarcimiento, ésta última realizada a través de los distintos enfoque brindados a la Responsabilidad Civil; como es

evidente el tema deberá ser estudiado dentro del Estado Peruano, pues todo precedente vinculante tiene aplicación en el ordenamiento jurídico nacional, al igual que la doctrina desarrollada en ella, y el espacio temporal estará comprendido en el periodo en el que se ejecute la tesis y se mantenga vigente el precedente mencionado, esto es el año 2019.

Como consecuencia de todo lo desarrollado, surge la siguiente interrogante de investigación: ¿De qué manera se ha motivado el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado Peruano?; en otras palabras, si los argumentos brindados son los idóneos para concluir una real distinción entre ambas figuras o son simples aspectos diferenciadores producto de un afán académico.

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

La presente investigación al ser de naturaleza jurídico dogmática, enfocándose principalmente al análisis de instituciones y figuras jurídicas, partió de analizar la institución jurídica: Responsabilidad Civil, y la figura jurídica: Indemnización, las que se encuentran reguladas en el Código Civil, frente a un análisis crítico al Tercer Pleno Casatorio Civil y sus ratio decidendi contenido en la Casación N° 4664-2010 PUNO, que discute la naturaleza jurídica de la indemnización y el resarcimiento; por consiguiente, el espacio de la investigación es indefectiblemente el territorio peruano, pues el cuerpo normativo del Código Civil así como las resoluciones de carácter vinculante emitidas por el Poder Judicial del Perú, son de aplicación obligatoria al territorio peruano.

1.2.2. Delimitación temporal

Conforme al punto que antecede, la investigación al ser de naturaleza dogmática jurídica, el tiempo que abarca es hasta cuando se encuentre vigentes las instituciones jurídicas y la resolución judicial en análisis, es decir, hasta el año 2019, pues hasta el momento no ha existido modificación, inaplicación o cambio alguno sobre la Responsabilidad Civil, indemnización, y el Tercer Pleno Casatorio Civil.

1.2.3. Delimitación conceptual

Los conceptos que se tomaron en cuenta en la presente tesis serán desde el punto de vista positivista, ya que, al ser de un análisis dogmático, la institución: Responsabilidad Civil así como el Precedente Judicial contenidos en el Código Civil de 1984 deben encontrarse en consonancia y relación con todo concepto jurídico que se pretenda desarrollar la presente investigación; de allí que se utilizó la teoría ius-positivista, porque se empleó una interpretación jurídica positivista (exegética y sistemática-lógica), esta es la forma en la cual esta contextualizada la investigación, bajo dichos parámetros.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera se ha motivado el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado Peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera se ha motivado el Fundamento N° 54 para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano?

- ¿De qué manera se ha motivado el Fundamento N° 57 para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano?
- ¿De qué manera se ha motivado el Fundamento N° 59 para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano?
- ¿De qué manera se ha motivado la Regla vinculante N° 06 para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Justificación social

La presente investigación contribuye a la obtención de una correcta predictibilidad de los procesos orientados al otorgamiento de una indemnización, de esta manera la población se verá beneficiada por medio del perfeccionamiento de la seguridad jurídica dentro de nuestro sistema de justicia; en ese sentido los particulares tendrán mayores herramientas para hacer valer sus derechos frente a un tercero imparcial, así como para evitar ser sorprendido por profesionales inescrupulosos que aplican e interpretan incorrectamente las normas referidas a la indemnización y resarcimiento.

1.4.2. Justificación científica-teórica

Al analizar el Tercer Pleno Casatorio Civil se brinda una demarcación entre la indemnización y el resarcimiento, contribuyendo de esta manera a una correcta aplicación de estas figuras dentro de nuestro ordenamiento jurídico; además, se otorga un impulso para que las sentencias casatorias se expidan con una mayor rigurosidad y minuciosidad, sobre todo cuando establecen precedentes vinculantes, con el fin que en adelante no exista arbitrariedad en la interpretación y diferenciación del pleno casatorio, evitando de esta manera una tergiversación de la naturaleza jurídica de la indemnización y resarcimiento.

1.4.3. Justificación metodológica

La presente investigación usó como método de investigación a la hermenéutica jurídica a fin de analizar la institución jurídica de la Responsabilidad Civil y la figura jurídica de indemnización, cuyo instrumento de recolección de datos será la ficha bibliográfica, textual y de resumen tanto de del tercer pleno casatorio civil, responsabilidad civil e indemnización, posteriormente estuvo bajo un nivel correlacional, de esta manera pudimos analizar las características de las variables antes mencionadas y ver cuánto se pueden comprometer en su relación y, por último se utilizó como procesamiento de datos a la argumentación jurídica, así se pudo contrastar las hipótesis; ello con el propósito de **brindar un esquema del cómo se podría investigar cuando nos encontramos frente a dos variables con naturaleza distinta,** pues una es una resolución judicial con carácter vinculante y la otra esta compuesta por dos figuras jurídicas, en tanto la primera es el Tercer Pleno Casatorio Civil (emitido en observancia del artículo 400° del Código Procesal Civil) y la segunda resarcimiento e indemnización.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Objetivo general

- Analizar la motivación empleada por el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- Identificar la motivación empleada en el Fundamento N° 54 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano.
- Describir la motivación empleada en el Fundamento N° 57 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano.

- Determinar la motivación empleada en el Fundamento N° 59 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano.
- Examinar la motivación empleada en la Regla Vinculante N° 06 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano.

1.6. MARCO TEÓRICO

1.6.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1.1. Internacionales

Artículo de investigación llevado a cabo por la Universidad de Chile, en el año 2008, del país de Chile, titulada: La Pensión Compensatoria en el derecho español, investigado por Cristián Luis Lepin Molina, la cual fue publicada en la Revista del Magister y Doctorado en Derecho, número 2, pp. 91-117; en este artículo se desarrolla la naturaleza jurídica y fundamento de esta figura jurídica equivalente a la nuestra, así como sus características principales y criterios para establecer el monto pedido, además se establece que tiene un carácter estrictamente objetivo, y esto se relaciona con nuestro problema pues los caracteres de esta figura son similares a la figura de nuestro ordenamiento jurídico, por ello sus conclusiones fueron:

- La pensión compensatoria tiene por objeto el restablecer el equilibrio económico generado por la propia ruptura matrimonial, tratando de poner al cónyuge beneficiario en una situación de igualdad similar a la que tendría de nunca haber tenido lugar el matrimonio.
- Como una de las principales características se tiene la separación del criterio de culpabilidad, dejando de lado el juicio de reproche, en consecuencia para la propia determinación de la procedencia, tanto de la existencia en el juicio de separación como en el divorcio.

- El propio fundamento se orienta a la equidad, así la finalidad de la institución es restablecer el desequilibrio económico que se tiene como consecuencia de la ruptura matrimonial, tanto en la separación como en el divorcio.
- La pensión compensatoria, y su naturaleza jurídica conforme la doctrina y jurisprudencia tiene carácter indemnizatorio, pero este no se asimila a la responsabilidad civil.
- Respecto al punto del desequilibrio económico, el mismo debe comprender el contenido de los tribunales teniendo en consideración la situación de los cónyuges una vez producida la propia ruptura comparándola con la única situación disfrutada por los cónyuges en el transcurso del matrimonio.
- De manera final, en conexión con el propio desequilibrio económico y las mismas circunstancias no taxativas del propio artículo 97 del CC, en mismo criterio que ha primado que es el objetivo; siendo ello así, las circunstancias propias enumeradas en el ya mencionado artículo solo funcionarán para fijar la cuantía de la pensión y no para fijar su propia procedencia.

Finalmente, el artículo de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

1.6.1.2. Nacionales

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis intitulada La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho: criterios para la identificación del cónyuge más perjudicado, por Angel Alfredo Calisaya Márquez (2016), sustentada en la ciudad de Lima para optar el grado académico de Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, la cual tuvo como propósito establecer parámetros para la verificación de la

inestabilidad económica, realiza un análisis a las resoluciones emitidas en torno a esta figura después del tercer Pleno Casatorio, y además brinda una propuesta de criterios para saber quién es el cónyuge más perjudicado, como los bienes personales, las decisiones tomadas en pro de la familia, aspectos previsionales, duración de la vida en común, probabilidad de encontrar trabajo, etc.; ha llegado a las siguientes conclusiones:

- El artículo 345 -A del Código Civil tiene como naturaleza jurídica como de obligación legal indemnizatoria, siendo el acreedor el cónyuge mas débil en términos económicos, sin tener en consideración la alegación de culpabilidad, todo ello se tiene en cuenta cuando la finalidad primordial es velar por la propia estabilidad económica y dejar de lado el resarcimiento de daños imputables a cada uno de los cónyuges y solo por concederse la propia separación de hecho que permite un divorcio no culpable.
- Por su parte detalla que el artículo 345-A del Código civil contiene una serie de deficiencias. En las mismas se hace hincapié en que no contiene un propia descripción que permita determinar en si la naturaleza jurídica; en ese orden, la aplicación respeto al divorcio resulta incompleta, toda vez que no incluye como parte d su protección los casos del divorcio sanción. No queda bien definida la propia compatibilidad de la indemnización respecto por la misma inestabilidad económica con el propio derecho de alimento entre los mismo cónyuges; la forma de otorgar la indemnización no se considera flexible pues solo se encuentra contemplado el pago único. No obstante, tiene que regularse la propia renta vitalicia para controlar cada uno de los casos excepcionales, esto no contienen criterio alguno que permita la identificación del cónyuge perjudicado ni tampoco los propios criterios que den cabida a la identificación del cónyuge perjudicado y menos de la cuantificación del monto indemnizatorio. Por consiguiente se debe de tener en mente una reforma que haga posible una subsanación de las deficiencias que sean pasibles de dar injusticias.

- El cónyuge más perjudicado con la separación de hecho no debe de ser considerado como el abandonado, agraviado por violencia o infidelidad, sino que al ser beneficiario debe de ser identificado como aquel que sufre la inestabilidad económica. Para ello se debe de tener en consideración datos objetivos como. El patrimonio y los ingresos previos que se tenía previstos para los cónyuges luego del divorcio, la propia situación laboral de cada uno de los cónyuges y el régimen patrimonial del matrimonio, así como las decisiones personales y profesionales producto de la convivencia, del matrimonio o de los hijos como tal. La situación previsional y de la seguridad social, la duración de la vida común, la existencia de una propia unión de hecho impropia como parte de la separación de hecho e inclusive la probabilidad de que este pueda acceder al mercado laboral o tener una actividad lucrativa; evidentemente ello también incluye la edad, el estado de salud, el grado de instrucción y la propia experiencia laboral, entre otras circunstancias. Cabe resaltar que esto debe ser independiente de los criterios culpabilísimos que no tienen que ver con la indemnización antes referida.
- Tener en cuenta la propia naturaleza jurídica de la indemnización estudiada, y a su vez el perjuicio que se quiere indemnizar, además de quién debe ser considerado como el cónyuge perjudicado, que permitirá brindar indemnizaciones en relación con su función y que tenga la propia cobertura necesaria para la parte que se encuentra considerada económicamente débil que tenga que revertir esta situación de inestabilidad a la que se refiere el artículo 345-A del CC. En nuestros días, la jurisprudencia, en función al tercer pleno, lo señalado como daño a la persona, es valorizado equitativamente la indemnización como si sería un resarcimiento que no permite superar la inestabilidad económica.

Finalmente, la tesis **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

Otra investigación (tesis) intitulada La Responsabilidad Civil Extracontractual para determinar la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, por Aymee Esmeralda Arteaga Lozada (2018), sustentada en Chiclayo para optar el grado de título de Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, la misma que tuvo como finalidad demostrar que pese a lo mencionado en el Tercer Pleno Casatorio, es conveniente utilizar los elementos de la responsabilidad extracontractual para establecer una indemnización en todos los casos de divorcio; la misma que llegó a las siguientes conclusiones:

- Cuando pide uno de los cónyuges o ambos que la pretensión sea tramitada de manera accesoria o a través de la reconvención respecto a la indemnización en el divorcio por separación de hecho, el mismo juez va a determinar que esta obligación legal es necesaria mediante el análisis de los hechos y las pruebas que probablemente corresponde un monto dinerario para con el cónyuge perjudicado, el mismo que se encuentra relacionado a los daños ocasionados ya permita a la persona o moralmente, de igual manera de como puede determinar la adjudicación determinante de los bienes de la propia sociedad conyugal.
- El juez será el encargado de determinar la indemnización, así evalúa los hechos narrados y valora los propios medio probatorios aportados, en consecuencia se toma en consideración el daño ocasionado, que permita el daño a la propia persona y dentro de la misma se encuentra el daño moral, de la misma manera el menoscabo económico que sufre el cónyuge más perjudicado pues uno de estos abandonó el propio hogar conyugar

dejando incluso muchas veces al hogar sin sustento, teniendo como obligación el cuidarlos, olvidándose el otro cónyuge de su realización personal.

- La misma naturaleza de la indemnización configurada en el artículo 345-A del CC, se la tiene como la propia obligación legal; así, no es de la misma naturaleza alimentaria, pero tampoco de la de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual.
- A pesar de que como naturaleza jurídica la Corte Suprema la considera de obligación legal, la posición a la cual se adscribe es el de responsabilidad civil extracontractual que permite todos los elementos para su propia configuración que son los 5: la antijuricidad, el daño, el factor atribución y el nexo causal.
- Todo juez debe de aplicar los parámetros para la indemnización que se encuentra determinado en relación a la misma afectación que tiene en si el cónyuge perjudicado en su aspecto emocional o psicológico. De la misma manera es que se toma en cuenta que el propio cónyuge tenga la tenencia o custodia de los hijos menores tanto como de la pensión de alimentos, que con la relación económica entre ambos cónyuges se tiene presente.
- Se considera entonces necesaria la propia aplicación de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual y que haga necesaria el separarse de la posición de la propia Corte Suprema, pues como ya se hizo referencia la aplicación de esta teoría implica el incumplir los deberes u obligaciones del propio matrimonio; en consecuencia la indemnización no solo se extenderá al daño moral como se hace referencia a lo que ocurre ahora con los jueces.

Finalmente, la tesis **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

De igual modo, otra investigación (tesis) intitulada La indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo del 2015, por Elida Reyes Chero (2016), sustentada en Piura para obtener el título de Abogado por la Universidad de Piura, tuvo como objeto confrontar al decisión del Tribunal Constitucional frente a lo dispuesto por la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en específico respecto a a la asignación de una indemnización de oficio por parte del juez, relacionándose con la tesis al sustentar que no todo lo mencionado como precedente vinculante es incuestionable; así a raíz d esta comparación llegó a las siguientes conclusiones:

- La indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de separación de hecho, regulada en nuestro ordenamiento jurídico, constituye un supuesto de Responsabilidad Civil Familiar, debido a que los daños y perjuicios que se han ocasionado a uno de los cónyuges han surgido en el ámbito de la vida familiar privada, en la relación intrafamiliar entre los cónyuges. Por tanto, la indemnización atribuida al cónyuge perjudicado se basa en el principio de equidad y solidaridad familiar, con la finalidad de restablecer la integridad psíquica del consorte perjudicado.
- Existe controversia en la doctrina jurídica respecto a los daños que se ocasionan en la separación de hecho, al respecto existe una tesis negativa y otra positiva. La tesis negativa no admite responsabilidad civil por los daños ocasionados en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, porque sostiene que pretender obtener un beneficio económico a causa del divorcio resulta contrario a las buenas costumbres y a la moral. Además, sostiene que los deberes entre los cónyuges no son susceptibles de valoración económica y, como tal, no son susceptibles de ser resarcidos por la vía de la responsabilidad civil, pues se trata de deberes morales. Por otro lado, los defensores de la tesis positiva, y en mi opinión la correcta, afirma que el divorcio ocasiona un daño y

perjuicio a uno de los cónyuges, es así que se consiente la responsabilidad civil con el objetivo de compensar o reparar el daño ocasionado al cónyuge perjudicado.

- El Tercer Pleno Casatorio señala que en un Estado Democrático y Social se promueve y protege a los sectores sociales menos favorecidos o más débiles, otorgando una especial protección a la familia. Asimismo, enfatiza que los principios procesales deben flexibilizarse cuando estamos ante procesos de familia, por considerar que son conflictos tan íntimos y sensibles en donde las partes litigantes no siempre están en igualdad de condiciones. En consecuencia, el principio de congruencia, preclusión y acumulación de acciones se relativizan con la finalidad de privilegiar lo sustantivo antes que la forma. Respecto a la indemnización indica que tiene por finalidad equilibrar las desigualdades económicas que devienen de la separación de hecho, negando su carácter alimentario. Asimismo, señala que tiene carácter de una obligación legal, la misma que puede cumplirse de dos formas: con el pago de una suma de dinero o con la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Estas dos soluciones son de carácter alternativo, excluyente y definitivo. El pedido de la indemnización podrá ser solicitado por las partes o podrá ser otorgada de oficio por el Juez a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya manifestado de algún modo y durante el proceso hechos determinados referidos a su condición de cónyuge más perjudicado y haya presentado medios probatorios.
- El Tribunal Constitucional resuelve el pedido de amparo que interpuso el cónyuge demandante señalando que los jueces de familia han transgredido el principio de congruencia y el derecho de defensa porque han fijado discrecionalmente una indemnización a favor de un aparente cónyuge perjudicado, razón fundada en que durante el proceso no se mostró hechos concretos que manifiesten daños y perjuicios en su contra. Es importante, indicar que el Tribunal Constitucional, para resolver este

recurso de agravio constitucional, adoptó el Fundamento 80 del Tercer Pleno Casatorio, que exige a todo juez de familia analizar la indemnización por daños y perjuicios sobre la base de hechos concretos que causen perjuicios en uno de los cónyuges, como consecuencia de la separación de hecho; asimismo complementa su decisión jurídica con un elemento que no había sido previsto en el Tercer Pleno Casatorio, indicando que no procede fijar una indemnización por daños y perjuicios al supuesto cónyuge perjudicado cuando éste no se apersonó al juicio, ni declaró durante el proceso hechos objetivos que impliquen menoscabo o daños en su persona. Sin embargo, no se puede afirmar que, habido una disposición arbitraria de los jueces de familia, por ordenar el pago de una indemnización, porque sí existen hechos concretos de daño, como el contravenir el deber de fidelidad, que determina un daño moral y emocional; además de ello, en la Audiencia de Conciliación, se fijó como cuarto punto controvertido determinar si existe o no un cónyuge perjudicado, en consecuencia, fijar la respectiva indemnización.

Finalmente, la tesis **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

Otra investigación (tesis) intitulada Reflexiones sobre la Separación de Hecho como causal de Separación de Cuerpos y Divorcio a la luz del Tercer Pleno Casatorio Civil, por Dante Eduardo García Briceño (2014), sustentada en Piura para obtener el título de Abogado por la Universidad de Piura, que tuvo por objeto desarrollar las características y enfoques adoptados entorno a la causal de separación de hecho, su indemnización y en especial el daño, tanto moral personal como al proyecto de vida, el cual llegó a las siguientes conclusiones:

-

- Respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización estudiada, en la propia España la misma pensión compensatoria contiene una naturaleza indemnizatoria. Por otra parte, en la misma Argentina, esta contiene una naturaleza alimenticia. De esta manera es que se conoce en el derecho francés como aquel que tiene naturaleza indemnizatoria, y en el mismo derecho italiano tiene una naturaleza jurídica mixta por permitir los mismo elementos asistenciales, resarcitorios y compensatorios. En consecuencia, la indemnización regulada en el artículo 345-A del CC. Tiene la propia naturaleza de responsabilidad civil familiar de tipo contractual, la misma que es considerada como un daño ocasionada en el interior de la familia siendo denominada esta endofamiliar.
- Cuando se toma como punto de partida la sociedad de gananciales, la indemnización o adjudicación proveniente puede obtenerse cuando la misma se solicita expresamente en el petitorio, o cuando esta es deducida de la misma causa petendi.
- Cuando se tiene en cuenta el Tercer Pleno Casatorio, la misma acumulación de pretensiones que se tiene es la de una objetiva accesoria implícita, tácita o legal, ello en función a lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Civil..
- No se tiene en cuenta la propia identidad entre el daño y el proyecto de vida, no existiendo relación entre ambos. Se sabe que el primero afecta la libertad y potencialidades del ser humano, con la propia forma individual sustentada en el daño psicosomático, mientras que el segundo daño ocasionado tiene su origen en la separación de hecho.
- Tanto el daño moral y el de la persona son independientes entre sí, lo cual implica que una cosa es la persona y el otro el aspecto de vida que no puede ser homologado a sus propios sentimientos y aflicciones.
- .

Finalmente, la tesis **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

Otra investigación (tesis) intitulada Análisis Jurídico Descriptivo Propositivo de los criterios de cuantificación de la Indemnización de los daños determinados en las sentencias sobre divorcio por la causal de Separación de Hecho emitidas en los juzgados especializados de familia de Arequipa, años 2011-2014, por Christian Jesús Mamani Caira (2015), sustentada en Arequipa para obtener el título profesional de Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, tuvo por finalidad determinar los criterios utilizados por los jueces en el establecimiento del monto indemnizatorio producto de la separación de hecho en un periodo de cuatro años, así como proponer el uso de baremos como una escala de cuantificación objetiva del daño; con la que llegó a las siguientes conclusiones:

- Se trata específicamente de una obligación legal indemnizatoria, impuesta por el legislador a uno de los cónyuges a favor del otro, con la finalidad de corregir o equilibrar en lo posible, por medio de una prestación pecuniaria, la "inestabilidad" o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho y así evitar el empeoramiento del cónyuge más perjudicado. Criterio, que, por cierto, ha sido correctamente adoptado y compartido en el III Pleno Casatorio Civil. Es decir, La indemnización derivada de la separación de hecho, no obstante a lo que sostiene y defiende una parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, no es un tipo de responsabilidad civil, ni mucho menos una prestación alimentaria, sino tiene una naturaleza jurídica propia.
- La afectación al debido proceso, al no motivar los criterios utilizados para arribar al monto indemnizatorio; siendo necesario un esfuerzo argumentativo y sustentar los

criterios utilizados para arribar al monto indemnizatorio, se erige como consecuencia de la facultad de los jueces que tiene la facultad de la determinación del daño, pues amparados por el principio de discrecionalidad, determinan el cuántum indemnizatorio atendiendo únicamente a un criterio subjetivo que amenaza con ser arbitrario, situación que se ha materializado con la falta de uniformidad en el criterio jurisprudencial, otorgando sumas indemnizatorias sustancialmente distintas en casos similares.

- Respecto a la postura de otorgar de oficio indemnización al cónyuge mas perjudicado, se ha reducido esta casi a su totalidad en contradicción con la postura adoptada en el Tercer Pleno Castorio, siendo la investigación del 2011, fecha misma en la que se expidió el cuestionado pleno casatorio. Ello evidencia, que teniendo en cuenta el principio de congruencia y el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, el cual no autoriza al Juez, en ningún caso, a fijar discrecionalmente una indemnización a favor de un supuesto cónyuge perjudicado, si es que este no ha denunciado algún perjuicio, ni existe prueba alguna en este sentido; o peor aún, si el interesado expresamente ha renunciado a tal pretensión o fue declarado en rebeldía.
- Todas las sentencias estudiadas en función al criterio del autor no se tomo en cuenta de manera completa el daño moral, estableciendo un defecto probatorio cada una de las partes quienes incluso debieron obtener medios probatorios suficientes que generen la misma convicción en este aspecto, para los siguiente: la magnitud e intensidad de la lesión (con ayuda de peritos especializados), la forma de reparación elegida y su costo en el mercado (que pueden ser terapias, medicamentos, etc.) y el resto asimilable (aquella parte de la lesión con la que deberá vivir la víctima durante toda su vida)
- En la misma línea que se tiene con el derecho comparado es considerado acertado el propio acierto de los criterios establecidos en el mismo Pleno. A saber los que se tiene en cuenta para la determinación del monto de indemnización son: la edad, estado de

salud, la posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, etc. Cada una de estas circunstancias se encuentra previstas y en cuenta para la prestación compensatoria del modelo francés de la pensión compensatoria del modelo español y de la compensación económica del modelo chileno. Lamentablemente, lo ideal hubiese sido considerado también como reglas con carácter de precedente vinculante.

Finalmente, **la metodología que guarda la tesis** es la siguiente: El ámbito espacial y temporal es la Corte Superior de Justicia de Arequipa-Sede Central comprendidos en los años 2011-2014, la población estuvo dirigido a los Procesos civiles de divorcio por la causal de separación de hecho tramitados vía proceso de conocimiento donde se haya fijado quantum indemnizatorio a favor del cónyuge más perjudicado por la separación, pero que cuya muestra aleatoria simple fue de 285 expedientes de este tipo de procesos, de esa manera de esos documentos es que se produjo la extracción de la información a través de las fichas, finalmente utilizó un nivel descriptivo y un enfoque cualitativo.

Un artículo de investigación llevado a cabo por la Gaceta Jurídica, en el año 2011, en la región Lima, titulada: 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, investigado por Rómulo Morales Hervias, la cual fue publicada en la Revista Diálogo con La Jurisprudencia, volumen 16, número 153, pp. 47-56, argumentó que la sentencia emitida en el Pleno Casatorio está plagada de errores, generándose un peligro así en la comunidad jurídica y complicando la resolución de los casos por parte de los magistrados, así como la negativa de poder llegar a un consenso doctrinario sobre un instituto o figura jurídica; la misma que arriba a las siguientes conclusiones:

- Los autores que se tiene en cuestión a las reflexiones en estudio concluyendo que fue una misma utilidad y un peligro antes de emitir la sentencia llena de errores en el mismo pleno casatorio. Los argumentos esgrimidos en la misa sentencia consideran confundirán a la comunidad jurídica y de manera alterna a los que pagan los platos rotos son los futuros cónyuges perjudicados por la separación de hecho y divorcio.
- Por último, la sentencia demuestra la escasa preocupación jurídica dentro del derecho Civil, los autores hacen el siguiente cuestionamiento: ¿Acaso no se supone que los Jueces de la Corte Suprema deberían conocer mejor Derecho Civil? ¿nos debemos acostumbrar a que los errores académicos de los jueces sigan perjudicando al justiciable que confía en una buena, eficiente y sabia administración de justicia?
- Otro comentario, se tiene que el desconocimiento de las diferencias entre las propias categorías del Derecho Civil, que las denominan “resarcimiento” e “indemnización” es el presupuesto de la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio.
- Indirecta y verdaderamente, la Sentencia dice que el segundo párrafo del artículo 345-A del CC impone una obligación “resarcitoria” por daño moral, pero carece de motivación en el sentido de saber si dicha obligación cumple una función preventiva o punitiva, por cuanto los daños morales son irresarcibles. La Sentencia del Tercer Pleno Casatorio interpreta que el segundo párrafo del artículo 345-A del CC regula una obligación “indemnizatoria” por daño moral sufrido por el cónyuge más perjudicado por la separación de hecho y el divorcio.
- Por su parte, el daño personal de miso párrafo del artículo 345-A de CC no se refiere al daño a la persona del artículo 1985 del CC, y tampoco al daño moral, sino que esta debe ser considerada como el desequilibrio económico que influya en el cónyuge perjudicado tanto por el divorcio como la separación de hecho.
-

- Por último, el segundo párrafo del artículo en comentario regula una obligación indemnizatoria teniendo como objetivo el restablecimiento del desequilibrio material generado por el divorcio en perjuicio del cónyuge.

Finalmente, el artículo de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

Un artículo de investigación llevado a cabo por Gaceta Jurídica, en el año 2011, en la región Lima, titulada: Apuntes sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil, investigado por Jaime David Abanto Torres, la cual fue publicada en la Revista Actualidad Jurídica, número 211, pp. 77-81, realiza un recuento de los puntos más resaltantes del Tercer Pleno Casatorio Civil, sin embargo nos brinda una salvedad de la posibilidad de apartarse de del precedente judicial mientras esté debidamente justificado pues se advierten ciertos errores en la fundamentación del mismo; cuya conclusión fue:

- En la separación de hecho la indemnización es una obligación legal y no un supuesto de responsabilidad civil contractual ni extracontractual.
- La obligación de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado corresponde al juez, siempre motivando sus decisiones en los medios probatorios actuados en el proceso.
- Dejando de lado los errores conceptuales en los que ha ingresado la Corte Suprema detallando la sentencia bajo comentario, esta considera ha logrado sus objetivos, ya que de analizar a amplitud cada uno de los temas relativos a la aplicación del artículo 345-A del Código Civil relativo a los efectos de la sentencia de divorcio por la causal de separación de hecho y fijando reglas procesales destinadas a evitar que los diversos órganos jurisdiccionales no sigan emitiendo fallos contradictorios.

Finalmente, el artículo de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

1.6.1.3. Locales

No se han encontrado investigaciones a nivel Junín.

1.6.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.2.1. El Tercer Pleno Casatorio Civil

1.6.2.1.1. Precedente Judicial

En nuestro ordenamiento jurídico, la Casación, tiene como finalidad la adecuación del derecho objetivo a un caso en concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia; respecto a esta última finalidad, es preciso recordar que la jurisprudencia es una fuente del derecho y por ende aplicable a los subsiguientes casos en concreto.

Sin embargo, no toda jurisprudencia tiene vinculación para ser aplicada obligatoriamente, en ese sentido el artículo 400 del Código Procesal Civil regula los precedentes judiciales, precisando que “La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. (...)”. Al respecto Lama (2016, p. 5) explica que, con la uniformización de la jurisprudencia, se busca la predictibilidad de las decisiones judiciales, pues se brinda seguridad y estabilidad en los efectos

que las personas esperan de las relaciones jurídicas existentes entre ellas, sobre todo cuando se recurre al órgano jurisdiccional cuando se genere un conflicto entre estas.

En atención a lo mencionado, creemos conveniente precisar lo que se entiende por precedente, la relación de este con la jurisprudencia y algunos parámetros para determinar cuándo una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional deba ser considerada precedente.

Guillermo Cabanellas entiende al precedente como algo anterior en el tiempo o en el lugar, antecedente, y resolución anterior de un caso igual o bastante similar; asimismo nos menciona que la jurisprudencia inglesa y la mayor parte de sus tradicionales instituciones se basan en los precedentes. (2003, p.346). Así, por precedentes no deben entenderse varias decisiones ejemplificativas de la opinión de los tribunales, sino decisiones racionalmente vinculantes, antes que todo, para el propio órgano que decidió en los casos análogos futuros.

En ese sentido, los precedentes judiciales consisten en el resultado de la densificación de normas establecidas a partir de la comprensión de un caso y sus circunstancias fácticas y jurídicas. Se trata pues de la solución jurídica explicitada argumentativamente por el intérprete a partir de la unidad fáctico-jurídica del caso-precedente con el caso actual (Zaneti, 2015, pp. 428-431)

Es preciso resaltar, que Zaneti realiza una distinción entre jurisprudencia y precedente [vinculante], pues él considera que la jurisprudencia es entendida como las decisiones reiteradas y similares de los tribunales [de mayor jerarquía], la misma que es considerada como una fuente del derecho secundaria y accesoria, y por lo mismo no son de carácter obligatorio

ni vinculante; a diferencia de los precedentes que deben ser considerados como una fuente de derecho primaria y vinculante.

Partiendo del hecho de que las fuentes formales del Derecho son los procedimientos a través de los cuales se producen, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad, y por lo tanto pueden ser legítimamente impuestas a las personas mediante la coacción estatal, y, teniendo en claro que la jurisprudencia es considerada una fuente del derecho; debemos aclarar primero cómo entender la jurisprudencia.

Marcial Rubio Correa (2009) explica que la jurisprudencia puede ser entendida en dos sentidos: jurisprudencia en el sentido lato, son todas las resoluciones que los magistrados judiciales emiten para solucionar los conflictos que a ellos son sometidos, que se suscitan entre los individuos o entre éstos y la sociedad; mientras que jurisprudencia en el sentido estricto debe ser entendida como las resoluciones que emite el máximo tribunal, más no las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él. (p.160)

El concepto de jurisprudencia brindado por Marcial Rubio refuerza la distinción brindada por Zaneti, ya que, estaríamos incurriendo en un grave error si pretendemos considerar a la jurisprudencia como sinónimo de precedente.

Entonces, habiendo aclarado que no toda decisión judicial adoptada por un tribunal supremo constituye precedente vinculante, debemos tener en claro los lineamientos para diferenciar una sentencia judicial común, de un precedente; al respecto Zaneti (2015, p.435) brinda dos razones para distinguir cuando una decisión judicial no es un precedente:

- a) No será precedente la decisión que aplica la ley que no es objeto de controversia, o sea, la decisión que solo refleje la interpretación dada a una norma legal vinculante por

la propia fuerza de la ley no genera un precedente, pues la regla legal es una razón determinativa y no depende de la fuerza de precedente para ser vinculante.

b) La decisión puede citar una decisión anterior sin hacer ninguna especificación nueva al caso y, por lo tanto, la vinculación proviene del precedente anterior, del caso-precedente, y no de la decisión presente en el caso actual.

En esa misma línea argumentativa, podemos concluir que solo será precedente la decisión que genere efectos jurídicos normativos hacia los casos futuros, no siendo precedente la decisión que aplique precedente anteriores o que solo indique la subsunción del caso en concreto al texto legal.

Ahora, esta decisión que genera efectos jurídicos vinculantes a la que llamamos precedente, es de aplicación obligatoria en dos sentidos: horizontal y vertical. Debemos partir de la idea de que todo precedente debe de seguir una regla llamada “stare decisis”, ésta es una expresión latina que significa: concordar con o adherir a casos ya decididos, es decir que cuando un tribunal establece una regla de derecho aplicable a ciertos conjuntos de hechos considerados relevantes, tal regla deberá ser seguida y aplicada en todos los casos futuros en que se identifiquen hechos o circunstancias similares. Zaneti (2015) explica que el stare decisis exige dos factores:

- a) Sistema institucionalizado, o sea, organización de jueces y tribunales en forma jerarquizada.
- b) Existencia de un sistema de divulgación y publicación con autoridad y oficialidad de las decisiones, de forma a garantizar el contenido de las decisiones para la consulta y vinculación en el juzgamiento de los casos-futuros. (p.439)

Así, atendiendo al primer factor de un sistema jurídico jerarquizado (como el nuestro), la obligatoriedad de un precedente se da primero hacia los tribunales o juzgados inferiores [vinculación vertical]; y de igual manera hacia el mismo tribunal a futuro [vinculación horizontal], en otras palabras, el precedente establecido por el tribunal en el pasado debe ser respetado por los actuales jueces de dicho tribunal.

No obstante, los jueces pueden dejar de aplicar el precedente pese a su obligatoriedad o pueden modificarlo dependiendo del caso en concreto; así las cortes supremas pueden ante un precedente establecido superarlo, este hecho es denominado “overruling”; o pueden entender que se trata de un caso diverso, el cual requiere la prescripción de una regla diferente, esta situación la doctrina la denomina “distinguishing”.

Ahora bien, el precedente vinculante [propriadamente dicho], que ya establecimos tiene un carácter de aplicación obligatoria, ¿es toda la resolución emitida a razón de un pleno casatorio, o tiene una parte fundamental contenida en ella? Responderemos a esta interrogante desarrollando la estructura de un precedente vinculante que contiene los siguientes elementos:

A. Ratio Decidendi:

Respecto al primer elemento del precedente vinculante, en profesor Lama More (2016, p.7), haciendo una comparación del derecho norteamericano que utiliza el término “Holding” y el derecho inglés que usa el término “Ratio Decidendi”, argumenta que ambos términos son sinónimos y están referidos a la parte específica de la opinión en la que el Tribunal decide de la cuestión de derecho que tiene en frente, es decir la regla o principio que establece el tribunal para decidir el caso. Así, él considera a la Ratio Decidendi como el elemento más importante al ser la regla que se considerará vinculante, pues por medio de esta se estaría tomando la decisión de fondo del caso en cuestión.

Sin restar mérito a lo mencionado por el profesor Lama, es importante aclarar que entender en qué consiste la Ratio Decidendi es un tema más complejo de lo que parece. De hecho, podríamos citar diferentes conceptos que se tiene en la doctrina tanto del common law como del civil law, sin llegar a buen puerto; entonces, partiendo del hecho de que existen una diversidad de conceptos indeterminados, podemos concluir que no se llega a un consenso de que se entiende por Ratio Decidendi, en ese sentido es importante elaborar una noción más clara de qué entender por este término.

Al respecto Pierluigi Chiassoni (2015, pp.33-37) plantea cinco principales distinciones entre las diferentes nociones existentes sobre la Ratio Decidendi, las mismas que coadyuvaron a que pueda brindar una definición más uniforme del mismo, estas son:

- a) Su naturaleza, respecto a este punto existe dos concepciones primordiales: una concepción argumentativa y una concepción normativa. La primera, cataloga a la Ratio Decidendi como razonamientos, premisas, pasos lógicos necesarios, líneas argumentativas necesarias o suficientes de un precedente judicial. Y, la segunda concepción entiende a la Ratio Decidendi como normas, reglas, principios o criterios jurídicos. Hay que aclarar, que ambas concepciones no son para nada excluyentes, puesto que la norma general aplicada por un juez para resolver un caso es una razón que justifica la decisión, y al mismo tiempo es una premisa del razonamiento cuya conclusión es el mandato judicial; asimismo la norma general aplicada por el juez puede ser considerada como el paso normativo necesario en dicho razonamiento. En suma, la Ratio Decidendi podría ser la norma, regla o principio que cumple un papel fundamental en la justificación de la resolución judicial.

- b) Su manera de enunciación o expresión, encontramos a las rationes implícitas y explícitas. Una Ratio Decidendi es explícita cuando cuenta con una determinada enunciación, es decir cuando ha sido expresamente declarada o mencionada por el juez o jueces que elaboraron el precedente. Mientras que, una Ratio Decidendi es implícita cuando es una premisa normativa tácita, es decir que no ha sido expresamente declarada dentro del razonamiento judicial.
- c) Su relevancia objetiva para la decisión del caso, en esta encontramos a la ratio verdadera y la ratio aparente, esta es determinada a partir de un análisis del precedente en su conjunto para dilucidar el verdadero objeto de solución del caso.
- d) La relevancia de la intención del juez, en este caso se debe de considerar la intención del juez que emitió la sentencia; así tenemos a las nociones intencionalistas o subjetivas que es la ratio que se pretendió establecer, y tenemos a las nociones de-psicologizadas u objetivas, en esta la ratio se maneja como una pieza sin intención que debe de ser valorado dejando de lado la intención del juez al emitirla.
- e) Su status sistémico, en esta noción lo que se busca definir es una noción de la correcta, adecuada o acertada Ratio Decidendi de un caso, en este punto lo que se busca es un análisis crítico al discutir un precedente en su conjunto.

En suma, las diferentes nociones del ratio decidendi están determinadas por las distinciones según su naturaleza (si los fundamentos son argumentativos o positivos), según su enunciación (si es señalado implícita o explícitamente, lo cual determinará la probable interpretación que se le puede otorgar), según su relevancia objetiva (el nivel de importancia para la solución del caso: verdadera o aparente), según la intención del juez (si quiso influir en la misma será subjetiva, de lo contrario objetiva), y según su status sistémico (dependiendo si el precedente puede ser analizado de manera global o independiente).

Como lo mencionamos en las líneas precedentes, estas nociones que se acaban de desarrollar permitieron a Chiassoni elaborar tres conceptos de la Ratio Decidendi, cada uno elaborado desde un enfoque en particular, así puede ser definida desde un concepto objetivo como:

Una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto (...) o implícita en este, es la ratio Decidendi de un caso en relación con cierta cuestión por decidir, si y solo si, es la premisa normativa general del modus ponens, a partir de la cual, junto con al menos otra premisa (la premisa individual subsuntiva) se puede derivar el decisum.

Por lo tanto, la ratio decidendi desde un concepto objetivo será la premisa normativa general, que en conjunto con premisas menores determinaran la decisión independiente de factores externos.

A su vez, el Ratio decidendi definido desde un concepto subjetivo es:

Una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra, ya sea expresamente en un enunciado del texto del precedente-sentencia, ya sea implícita en este, es la ratio decidendi de un caso en relación con cierta discusión por decidir, si y solo si, el juez que resolvió el caso ha querido que la ratio sea (a) la prescripción jurídica fundamental para la decisión correcta del caso, y (b) revestida de valor vinculante para decisiones futuras.

Por consiguiente, la ratio decidendi desde un concepto subjetivo será también una premisa normativa general pero aplicada al caso en concreto por decisión o voluntad del juez, voluntad que también determinará si dicha premisa tendrá valor vinculante o no.

Por último, la Ratio Decidendi comprendida desde un enfoque mixto es definida como:

Una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto de precedente-sentencia, o implícita en este, es la ratio decidendi de un caso en relación con cierta cuestión por decidir, si, y solo si, (a) es la premisa normativa general del modus ponens, a partir de la cual, junto con otras premisas, se puede derivar el mandato judicial o decisum; (b) el juez que resolvió ha querido que la ratio sea (b1) la prescripción jurídica fundamental para la decisión correcta del caso, y (b2) revestida de valor vinculante para decisiones futuras.

En esta, la premisa normativa general por sí misma es suficiente para la resolución del caso, pero también es voluntad del juez darle a la relevancia y la calidad de precedente; por lo tanto, es una conjunción del enfoque objetivo y subjetivo.

Si bien creemos que un enfoque mixto sería el adecuado en nuestro ordenamiento jurídico pues no solo se toma en consideración que la norma sea el hecho fundamental para la resolución del caso y que se haya querido que tenga valor vinculante, sino que también se tiene en cuenta que esta constituye una premisa general que de concurrir con otras conlleva a una decisión; en realidad el enfoque subjetivo es el que se aplica con mayor frecuencia, pues en ciertos casos existe una desconexión de la norma vinculante con una aplicación de esa regla como premisa general en otros casos.

B. Obiter Dictum

La segunda parte estructural del precedente vinculante es el *Obiter Dictum*; Lama More (2016), que denomina a esta parte como la razón subsidiaria o accidental del precedente, lo define como “(...) aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican en razones pedagógicas u orientativas (...)” (p. 9); así, en palabras del profesor Lama, el *obiter dictum*, sin perder la calidad de fundamentos de una resolución judicial que coadyuvan a la resolución del caso, son argumentos o reflexiones de apoyo, que, de no consignarse, en nada afectarían la decisión final.

Por lo tanto, habiendo aclarado que la primera parte del precedente es la norma, regla, principio, etc. que es la médula principal para resolver un caso, el resto de la resolución emitida la denominan *obiter dictum*. En ese sentido es como lo entiende Chiassoni (2015, p.42) pues para él (*Obiter Dictum*) es todo lo que se encuentra en una precedente sentencia que no es la *ratio decidendi*, es decir brinda una definición negativa y excluyente de éste término.

Para concluir, resulta importante mencionar un tercer elemento estructural que si bien, solo es considerado así por un sector de la doctrina, es relevante conocerlo pues es usado en nuestro ordenamiento jurídico. Este tercer elemento conocido como decisión, fallo o “*decisum*”, no es otra cosa sino la parte final de una sentencia con calidad de precedente vinculante, en la que se precisan, detalladamente, las reglas, principios o criterios vinculantes a seguir.

1.6.2.1.2. Resumen del Caso:

Como se mencionó al empezar el desarrollo del precedente vinculante, en el artículo 400 del Código Procesal Civil se menciona la prerrogativa que tiene la Sala Suprema Civil para

convocar al pleno casatorio a los magistrados supremos civiles, todo ello con la finalidad de que se emita una sentencia con calidad de precedente judicial. Así, por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre a las diez de la mañana.

A. El proceso en las instancias precedentes:

René Huaquipaco Hanco interpone una demanda para que se declare divorcio por causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial, y accesoriamente el otorgamiento de un régimen de visitas para sus dos menores hijos; la misma que es admitida por el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, el 22 de noviembre del 2006.

El demandante sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 en la Municipalidad Provincial de Juliaca, producto del matrimonio procreó con la cónyuge 04 hijos; asimismo agrega que desde el año 1997 se encuentra separado de la demandada, pero aun así siguió cumpliendo con brindar alimentos, educación e instrucción a sus hijos, y manifiesta que con la demandada no adquirieron ningún bien susceptible de partición.

Así, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, haciendo ejercicio de su derecho de contradicción, contesta la demanda y reconviene. En la contestación de la demanda, manifiesta

que convivió con el demandante desde 1980 cuando ella tenía 19 años, y que ella trabajaba cultivando café para brindarle dinero al recurrente para sus estudios, y gastos afines a ello; todo con la finalidad de que obtengan un mejor futuro en su familia. Asimismo, manifiesta que el demandante, los abandonó para irse con otra mujer, motivo por el cual interpuso una demanda de alimentos a favor de sus hijos y de ella; agrega que el recurrente nunca los visitó ni brindó orientación y ella en la actualidad es la que sostiene económicamente a la familia, sobre todo a los dos hijos menores.

En la reconvencción pide que se le indemnice por daño moral y personal a través de un pago ascendente a la suma de S/. 250 000.00 soles; sustenta su pedido en el envío de dinero que le daba al demandado y por el cual también contrajo deudas con terceras personas; además expresa que el recurrente en diversas oportunidades la amenazaba con abandonarla, incluso en una ocasión la golpeó y la dejó inconsciente, hecho que se repitió con su hijo mayor. Respecto a los bienes de la sociedad de gananciales refiere que en total son: cinco máquinas de tejer, doscientas veinticinco varillas de fierro de construcción, y USS 6000.00 ahorrados que el demandante se llevó. Por último, agrega que el recurrente se fue con otra profesora, y que su persona padece dolencias cerebrales.

La sentencia de primera instancia de fecha 29 de enero del 2009, declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, en consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial celebrado por las partes, fenecido el régimen de gananciales; también, fundada la pretensión accesoria de régimen de visitas disponiendo fecha y hora de visitas; y por último declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización de daño moral, ordenando el pago de S/. 10 000.00 soles a favor de la demandada.

El demandante René Huaquipaco Hanco, y a su vez, la demandada Catalina Ortiz Velazco, interponen recurso de apelación, ambos sobre el extremo que declara fundada en parte la indemnización por la suma antes mencionada, pidiendo el demandante que se desestime el pago que debe realizar, y (como es evidente) la demandada pide que se ampare su pretensión en su totalidad.

La Sala Superior a través de la sentencia de vista de fecha 22 de setiembre del 2010, confirma la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho; a su vez confirmó el extremo que declara fundada la reconvencción con el monto que se estableció en primera instancia; y, por último, revoca el régimen de visitas pues los hijos ya son mayores de edad. Además, integrando la sentencia, declararon el cese del derecho de la demanda a llevar el apellido de su cónyuge y la pérdida del derecho hereditario de las partes.

Habiendo agotado los recursos ordinarios, el demandante René Huaquipaco Hanco, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista, en el extremo que declara fundada la reconvencción sobre indemnización y que dispone el pago de la suma de S/. 10 000.00 soles a favor de la demandante. Él fundamenta su recurso en lo siguiente: la indebida aplicación del artículo 345-A del Código Civil, pues la reconvencción se sustentó en la infidelidad de su persona con otra mujer, hecho que en ningún momento fue probado; asimismo que nunca se probó el daño moral causado a la demandada; y concluye mencionando que no existe una adecuada motivación, ni congruencia entre el fallo del juzgado y de la sala.

La Sala Suprema, a pesar de las deficiencias del recurso, optó por la procedencia excepcional de este en vista de que, de forma continua y reiterada, los juzgados y salas

superiores están resolviendo con criterios distintos y contradictorios los temas relacionados con la separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho y, sobre todo, la indemnización producto de esta regulada en el artículo 345-A del código sustantivo. Así, de conformidad con los artículos 391 y 392-A del Código Procesal Civil declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente.

1.6.2.1.3. Los Ratio Decidendi del TPC:

Como consecuencia de la admisión excepcional del recurso de casación, el 18 de marzo del 2011, en la ciudad de Lima, Perú, los Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, expidieron la sentencia casatoria ahora denominada Tercer Pleno Casatorio Civil (en adelante TPC); la misma que será materia de análisis en las páginas subsiguientes, y que contiene las siguientes ratio decidendi:

A. Ratio Decidendi implícitas:

Al desarrollar la estructura de un precedente vinculante, hemos establecido que la Ratio Decidendi es una norma general, que comprende tanto la(s) regla(s), principio(s) o criterio(s) determinante(s) para resolver el caso concreto y los casos futuros; además, aclaramos que ésta se puede presentar en un precedente de dos maneras: implícita y expresa. Por ello, expondremos primero las ratio decidendi implícitas en el TPC.

La Ratio Decidendi implícita se encuentra siempre dentro de los considerandos de la resolución en mérito, en consecuencia, de la sentencia del TPC podemos dilucidar las siguientes:

A.1. Flexibilización:

Primero, se considera a la **flexibilización**, tanto de principios como de acumulación de pretensiones, siendo los considerandos pertinentes el 17 y el 18. El considerando 17 del TPC en el primer párrafo menciona:

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

Así, de este fundamento se advierte que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad, en los procesos de familia, sobre todo en los casos de divorcio, deben de ser flexibilizados.

De igual manera, la sala suprema en el último párrafo del considerando 18 menciona:

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos.

Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de sociedad de gananciales (...).

Ahora bien, en este segundo fundamento se hace mención a la facultad discrecional del juez para poder integrar pretensiones accesorias, únicamente con los limitantes de la ley, evidenciándose también una flexibilización a los principios procesales.

A.2. Naturaleza jurídica de divorcio por separación de hecho:

En segundo lugar, al tratarse el tema de un divorcio por una causal de separación de hecho, en el TPC se menciona su **naturaleza jurídica**, que, sumada a los elementos materiales, psicológico y temporal configuran esta causal; en ese sentido, en el último párrafo del considerando 34 mencionan:

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 33 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no solo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

Es de advertir, como se mencionó en el subtítulo, en la introducción y del contenido de este considerando, que el divorcio por separación de hecho tiene dos naturalezas jurídicas: objetiva y subjetiva, las cuales deben concurrir para su configuración.

A.3. Indemnización en caso de perjuicio:

A.3.1. Cónyuge Perjudicado:

En tercer lugar, el tribunal desarrolla a amplitud la indemnización en caso de perjuicio a consecuencia de la separación de cuerpos o divorcio, figura que está regulada en el 345-A del Código Civil; así la suprema, en el considerando 50 empieza explicando los criterios necesarios para la determinación del **cónyuge perjudicado**, de la siguiente manera:

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

De este considerando se desprenden los “criterios” para determinar cuándo un cónyuge se considerado perjudicado: no dar motivos para la separación, que por la separación se haya visto afectado comparado a antes, y que haya sufrido daño en su concepción amplia.

A.3.2. Naturaleza Jurídica:

Después, el colegiado enumera los diferentes enfoques doctrinarios respecto a la **naturaleza jurídica** de este articulado, para finalmente en el considerando 54 concluir cual es el enfoque que se debe de tomar en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico, expresándolo así:

Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. (...) Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su

finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial (...).

Por lo tanto, se concluye que según el razonamiento de los miembros de la corte suprema la naturaleza jurídica de este tipo de divorcio es, indefectiblemente, de obligación legal

A.3.3. Amicus Curiae:

Dentro del desarrollo de la indemnización por esta causal, Alex Plácido Vilcachagua como amicus curiae en la audiencia pública del TPC explicó los **principios** aplicables a esta figura, esta disertación fue plasmada en el fundamento 56 de la resolución que dice:

(...) en el plano de indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos- los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido debe considerar subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal- consideramos que como la indemnización debe comprender no solo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo. En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil (...).

De la intervención del profesor, se concluye entonces que la indemnización de este tipo de divorcio tiene su fundamento en la equidad y solidaridad conyugal.

De igual manera, el profesor Leysser León Hilario [doctrinario especialista en responsabilidad civil], expuso en la audiencia del TPC respecto a la **naturaleza jurídica** de la indemnización por causal de separación de hecho, transcribiéndose en el considerando 57 lo siguiente:

En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, (...) la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de la responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

Por otro lado, de este fundamento se reafirma que la naturaleza jurídica de este tipo de indemnización de ninguna manera puede ser resarcitoria, sino será siempre de obligación legal basada en la solidaridad familiar.

A.4. Presupuestos de la Responsabilidad Civil:

Estando a lo dicho precedentemente tanto por los magistrados supremos y por los *amicus curiae*; debemos resaltar que manera contradictoria son mencionados algunos **presupuestos de la responsabilidad civil** como necesarios para la configuración de la indemnización prevista en el artículo 345-A; esta afirmación es posible corroborarla de la

revisión de los considerandos 59, 61, 62, 66 y 70, y de los que transcribiremos algunos extractos:

59. **Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común**, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. (...) (el énfasis es nuestro)

61. En el presente caso, para que proceda la indemnización (juicio de procedibilidad) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal- del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad (...)

62. (...) No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización (...) aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación.

66. Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (...), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral.

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

De estos fundamentos se advierte lo siguiente: primero se afirma la no concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil para luego señalar que es necesaria la relación de causalidad, luego se reitera la importancia del nexo causal para la determinación de esta indemnización, después se señala a la culpa como elemento a analizar, y por último se hace mención al daño y sus tipos para cuantificar la indemnización por este tipo de divorcio.

A.5. Designación de oficio:

Por último, el tribunal supremo se manifiesta respecto a la **indemnización o adjudicación de bienes de oficio**, al respecto es claro al establecer la situación en la que el juez podría actuar de oficio, de esta manera el considerando 80 los magistrados argumentan que:

(...) no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. (...)

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

De este fundamento se concluye que si bien, el juez puede otorgar de oficio pretensiones indemnizatorias no planteadas expresamente, estas deben de al menos ser mencionadas o requeridas de manera genérica en el transcurso del proceso.

B. Ratio Decidendi expresas:

Acabamos de desarrollar las Ratio Decidendi implícitas, estas se encuentran dentro de los fundamentos del tribunal, siendo vitales para resolver el caso en concreto; por otro lado, tenemos a las Ratio Decidendi expresas, las que se caracterizan por estar mencionadas expresamente en la parte resolutive (fallo) de una resolución, haciendo énfasis en su naturaleza vinculante.

Es así que, el Tercer Pleno Casatorio Civil establece seis Ratio Decidendi expresas, los mismos que constituyen reglas de aplicación inmediata, pero que en nuestra opinión están basadas en las Ratio Decidendi implícitas; es decir, derivan de los fundamentos principales expresados en la resolución. Estos son:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.
3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:
 - 3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, Sentencia del Pleno Casatorio 238 Tercer Pleno Casatorio Civil ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.
 - 3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

- 3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.
- 3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.
- 3.5. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.
4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.
5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

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

Los Ratio Decidendi, que acabamos de transcribir, tocan tres tópicos principales que engloban a toda la fundamentación relevante del pleno, así tenemos a: la flexibilización de principios contenido en el numeral 1; la facultad del juez de otorgar indemnización de oficio observando ciertas reglas, de los numerales 2 al 5; y, [principalmente] la naturaleza jurídica de la indemnización o adjudicación de bienes como consecuencia de la separación de hecho.

1.6.2.1.4. Críticas al TPC:

De una primera lectura del Tercer Pleno Casatorio, podría parecernos que la resolución emitida por la sala suprema no merece mayor profundización; no obstante, realizando un mayor análisis a los fundamentos de la sentencia, y sobre todo en los ratio decidendi implícitos, podemos extraer ciertos razonamientos de los magistrados que merecen un mayor comentario:

A. Flexibilización de los principios procesales:

Los principios, como es sabido, son la base de un sistema jurídico como el nuestro; por lo tanto, los principios procesales, a su vez, fundamentan el sistema procesal actual, el mismo que tiene dos fines: resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica y, lograr justicia social.

No obstante, ello, en el TPC hacen énfasis en la primacía del derecho material en los procesos de familia, y a consecuencia de ello, el proceso que lo regula [y obviamente los principios que lo componen] es usado como un mero instrumento procesal que brinda efectivización del derecho material.

A razón de esta primacía, en los procesos de familia existe cierta flexibilización de los derechos procesales; sin embargo, en el caso específico del TPC a nuestro parecer se instaura una excesiva flexibilización de dos principios procesales, que, de aplicarse incorrectamente, generaría mayores problemas en el momento de resolver procesos por parte del órgano jurisdiccional.

A.1. Momento de alegar el perjuicio:

Uno de los principios procesales que se ve flexibilizado, tal como se menciona en el considerando 13 del TPC, es el principio de preclusión. Este es entendido por Monroy (1996) como la exigencia de que los actos procesales sean ejecutados en la etapa que les corresponde, de no ser así se pierde el derecho a realizarse o en su defecto su ejecución no tiene valor. (p.106)

Este principio entonces, está orientado a brindarle no solo celeridad al proceso, sino estabilidad al mismo, pues evita que se pueda establecer una estrategia o conducta procesal maliciosa.

Pues bien, la flexibilización de este principio es expresada claramente en los fundamentos 77, 87 y 89. Siendo el fundamento número 87 el más claro, pues responde a la

interrogante: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?, de la siguiente manera:

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

De ello se entiende que no existe un límite en el transcurso del proceso, hasta antes de la emisión de la sentencia, para alegar hechos relativos al perjuicio, siempre y cuando la otra parte tome conocimiento de esta y pueda defenderse o contradecirla.

Aun tratándose de un proceso de esta naturaleza, el no establecer un límite a la flexibilización de este principio, a todas luces, generará un retardo del proceso, no solo por la posibilidad de plantear la pretensión indemnizatoria incluso después del saneamiento procesal; sino porque una de las partes puede ejercer un abuso de esta atribución brindada, en perjuicio del contrario, recargando así la carga laboral de Poder Judicial.

Además, las reglas mínimas razonables a las que hacen referencia los magistrados supremos, que se engloban en el respeto del debido proceso, teniendo como protagonistas al derecho a la defensa y de contradicción; no garantizan una celeridad ni economía procesal, y mucho menos se podría asegurar la buena fe y lealtad procesal.

Para concluir, queda a reflexión personal la siguiente interrogante: ¿Era necesaria esta excesiva flexibilización del principio de congruencia para garantizar la efectivización del derecho material tutelado con este proceso?

A.2. Otorgamiento de indemnización de oficio:

Pues bien, además de la flexibilización del principio de preclusión, en el TPC también flexibilizan el principio de congruencia. Este, siendo uno de los principios vitales del derecho procesal, creemos pertinente desarrollarlo con un mayor detalle con la finalidad de entender sus alcances, y a partir de ello poder apreciar las repercusiones de su flexibilización.

Los doctrinarios coinciden que el principio de congruencia deriva del aforismo “ne eat iudex ultra petita partium” que significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que esta pide. Así, partiendo de esta premisa, entendemos que debe haber una vinculación entre lo pedido por la parte y lo resuelto por el juez.

Al respecto, Monroy Gálvez (1996) comenta que por este principio el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor y concederle más de lo que este ha pretendido en su demanda. (p.91)

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 10168-2006-AA, expresó respecto a este principio que: “(...) el principio de congruencia forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las decisiones judiciales y garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes. (...)”; de ello se entiende que, no puede, de ninguna

manera, un juez apartarse de las pretensiones formuladas por las partes, de lo contrario se estaría vulnerando el principio de congruencia.

Pero, ¿por qué el juez no puede afectar la declaración de voluntad de cualquiera de las partes? Creemos que la respuesta está en la naturaleza del proceso civil, pues, aunque en esencia como todo proceso es de naturaleza pública, esta está encargada de resolver conflicto de intereses privados, por ello no puede ir más de lo que piden y discuten las partes. Situación contraria la encontramos en procesos penales, en los que, a fin de velar por un bienestar general, se establecieron las instituciones fiscales y las figuras de impulso de oficio.

Nos parece pertinente mencionar lo concluido por Hurtado Reyes, quien entiende que la exigencia impuesta al juez en un proceso es la de establecer siempre una identidad respecto a las pretensiones, partes y hechos, con lo que expresa en la sentencia que resuelve el conflicto. (2009, p.142)

Ahora bien, la vulneración de este principio, como era de esperarse, se denomina incongruencia; esta puede ser de tres tipos, que van en correlación con las identidades que se deben respetar, así tenemos a la incongruencia objetiva, subjetiva y fáctica.

En la incongruencia objetiva lo que se observa es una disyunción entre lo resuelto por el juez y lo pedido por las partes en el proceso. A su vez, este tipo de incongruencia, se presenta de tres formas: *citra petita*, *ultra petita*, y *extra petita*.

Al respecto, Monroy Galvez (1996), citando lo mencionado en una de sus obras explica que:

Se denomina incongruencia *citra petita* a la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones. La incongruencia *extra petita* ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a una persona ajena al proceso. La incongruencia *ultra petita* es aquella originada en el hecho que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido. (p.91)

En esta última (incongruencia *extra petita*), la cual es primordial desarrollar en aras de analizarla en relación con lo dispuesto en el TPC, lo relevante es que se presenta en un proceso cuando el Juez al emitir pronunciamiento, lo hace respecto a una pretensión no propuesta por las partes, es decir decide sobre algo que no fue discutido en el proceso por las partes.

Es preciso entonces, recordar lo que es la pretensión dentro de un proceso civil. Quintero & Prieto (1995) menciona que en nuestro sistema procesal la pretensión es entendida como el reclamo concreto de un derecho que se dirige frente o contra el demandando y ante el juez, buscando, como era de esperarse, una sentencia favorable. (p.265)

Pues bien, esta pretensión perseguida está compuesta por dos elementos objetivos principales, que, aunque doctrinariamente se empleen diferentes términos, el contenido está referido a lo mismo.

Así para un sector de la doctrina se denominan objeto y razón; al respecto Devis Echandía explica que el objeto de la pretensión lo constituye el determinado efecto perseguido, y por tanto la tutela jurídica que se reclama; mientras que, la razón es el fundamento que se le da a la pretensión, y esta es a su vez de hecho y de derecho. (p.239)

Por otra parte, distinto sector doctrinario denomina a los elementos como petitum y causa petendi; uno de ellos es Hurtado Reyes (2009) que entiende al petitório como el núcleo mismo de la pretensión, en razón de que en su contenido está lo que realmente busca el actor al proponer la pretensión en contra del adversario; y, respecto a la causa petendi explica que es la razón por la cual se llegó al extremo de recurrir al Estado para pedir tutela, está conformada de un lado por los hechos o material fáctico que sustenta la pretensión.(p.361-364)

Por consiguiente, al ser ambos elementos de la pretensión, es necesario que entre ellos exista una relación directa, de tal manera que debe aparecer concordancia entre lo que se pide y los hechos que la sustentan.

Ahora bien, en el TPC se dilucida en tres momentos en concreto la flexibilización del principio de congruencia; primero, en el fundamento 77 se menciona:

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

Segundo, en el fundamento 80, en el último párrafo, encontramos lo siguiente:

(...) si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o reconvencción), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos (...)

Por último, en el fundamento 82 se hace referencia a lo que denominan petitorio implícito:

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito (...)

Como pudimos observar, los fundamentos precedentes, establecen una flexibilización en estos casos del principio de congruencia, además de existir cierta contradicción en los presupuestos requeridos para que el juez brinde una indemnización de oficio, pues no queda del todo claro si esta se brinda simplemente por haber mencionado una de las partes algún perjuicio sufrido, pero que al final debe de tener respaldo probatorio.

Sobre el particular, el Tantaleán Odar (2017) también advierte la contradicción en los considerandos citados, haciendo referencia que:

(...) nos encontramos con que el fundamento número 80 es abiertamente contradictorio con lo vertido en el fundamento 77, ya anotado. (...) se afirma, por un lado, que se puede fijar de “oficio” la indemnización, pero, por otro, siempre y cuando “se haya expresado” hechos concretos que acrediten la condición de cónyuge “más perjudicado”.
(p. 202)

A lo dicho, así, lo que se observa es que a través del TPC se amplía la facultad discrecional del juez, situación que (aunque suene un poco exagerado) acorde a nuestra realidad social y jurídica, resulta poco conveniente pues se podría hacer un abuso de la misma. En

efecto, lo normado en el artículo 345-A no debe de considerarse como una norma imperativa, por el contrario, lo que corresponde es aplicar el criterio del juzgador en cada caso en concreto. (Aguilar, 2016, p.105)

Es preciso mencionar que, el profesor Luis Alfaro (2011, p. 134), siendo un poco más crítico al respecto, expresa que esta facultad discrecional brindada a los jueces brindada a raíz de la flexibilización del principio de congruencia, señala una **labor de interpretación de los fundamentos fácticos** del escrito de la demanda o contestación, según sea el caso, respecto del estado de perjuicio de uno de los cónyuges; en ese sentido los jueces ya no solo tendrán que interpretar normas, sino también deberán interpretar hechos.

Entonces, a raíz de esta situación, no es difícil concluir que la labor de interpretación del juez estará inmersa de muchas subjetividades, y el objeto de uniformizar la resolución de estos tipos de casos con la emisión del TPC, perdería todo sentido. ‘

Consideramos que no estamos exagerando al mencionar que, se estaría permitiendo el reconocimiento de una [pretensión de] indemnización que el cónyuge nunca tuvo la intención de pedir. Por lo tanto, el otorgamiento de indemnización de oficio estaría incurriendo en una incongruencia objetiva extra petita, pues el petitum y la causa petendi (como mencionamos anteriormente) deben guardar concordancia absoluta, y la sentencia expedida no puede pronunciarse respecto a una pretensión no planteada. Como lo menciona Devis (1984, p.241), en la determinación de la congruencia de la sentencia, se vinculan las peticiones u objeto de la pretensión y los fundamentos o la razón de hecho.

Para concluir, no es posible justificar la interpretación de los fundamentos de hecho esgrimidos por uno de los cónyuges (ya sea en la demanda o la contestación), pues la misma solo obedece a los hechos ocurridos, más no a un propósito de obtener una indemnización o de considerarse el cónyuge perjudicado a raíz producto de la separación; máxime si en este tipo de procesos el asesoramiento legal es un requisito indispensable para llevarse a cabo.

B. Indemnización por Separación de Hecho:

Ahora, toca tratar el tema medular de la presente investigación, pues a raíz de lo establecido y desarrollado en el TCP, como más veremos más adelante, se genera una confusión entre lo que debe ser entendido por indemnización y su diferencia con el resarcimiento.

En ese sentido, el caso tratado en el Pleno gira en torno al artículo 345-A de Código Civil, que regula la figura de indemnización al cónyuge más perjudicado producto de la separación de cuerpos o divorcio, por la causal de separación de hecho.

Entonces, es preciso primero desarrollar la figura de separación de cuerpos, divorcio, y en específico lo relacionado con esta causal, para poder recién abordar la indemnización que deriva de esta.

B.1. La Separación de Hecho en la Separación de cuerpos y Divorcio:

De manera general, es importante establecer una diferenciación entre la separación de hecho y el divorcio; pues, aunque para su configuración (en nuestro ordenamiento jurídico), comparten ambos las causales, los efectos jurídicos que produce cada uno, son distintos.

En forma breve, podemos entender a la Separación de Cuerpos como:

(...) la cesación de los deberes de vida en común de los cónyuges, por decisión judicial y que produce efectos de orden personal entre los mismos y los hijos, y de orden patrimonial en cuanto a los bienes. Que conlleva la disolución de la sociedad legal, pero que deja subsistente el vínculo legal.” (Vásquez, 1998, p.366)

Por otra parte, el Divorcio se entiende de la siguiente manera:

(...) el divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial, por causales preestablecidas por la ley, las mismas que ponen término a las relaciones de orden personal y patrimonial existentes entre los cónyuges. (Vásquez, 1998, p. 422).

En ese sentido, lo que podríamos concluir es que, en el divorcio, además de producir los mismos efectos de la separación de cuerpos, se disuelve el vínculo matrimonial, poniendo [en definitiva] fin a la relación entre los cónyuges.

Pues bien, de las 13 causales previstas en nuestro ordenamiento jurídico para la configuración tanto de la separación de cuerpos como el divorcio; la separación de hecho es una de ellas, y está prevista en el artículo 333° numeral 12 del Código Civil.

Sobre esta causal, Gallegos & Jara (2014), citando a Largomarsino y Uriarte explican que la separación de hecho “(...) es la 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 (...)” (p.196).

Este rompimiento del deber de cohabitación, está sujeto a un plazo, el mismo que los legisladores lo establecieron en dos años por un periodo ininterrumpido, pero que se extiende a cuatro de tener hijos menores de edad.

El desarrollo doctrinario de estos conceptos, aunque de una manera más resumida, es tocado en el Tercer Pleno Casatorio; así podemos advertir en el fundamento número 20 los sistemas de disolución del vínculo matrimonial adoptadas en nuestro ordenamiento jurídico, en el fundamento número 26 las causales tanto de separación de hecho como del divorcio, y en el fundamento número 33 el concepto que brinda el pleno de la separación de hecho.

Además, estando a lo mencionado en el TPC, nos parece relevante señalar las clases de divorcio adoptado en nuestro ordenamiento jurídico, que toman como parámetro principal para la clasificación, la existencia de culpa o no (elemento subjetivo) de las partes. De esta manera, el divorcio se entiende en dos clases: el divorcio sanción y el divorcio remedio.

El divorcio sanción es desarrollado en el fundamento número 22 del pleno, en el que citan a Luid Diez Picazo y Antonio Gullón, al señalar que: “(...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares.”. Además, explican que en este tipo de divorcio se considera a uno o ambos cónyuges como responsables de la disolución del vínculo matrimonial, por incumplimiento de un deber o una conducta negativa; en ese sentido, acarrea una sanción para el cónyuge culpable que involucra derechos hereditarios, o alimentarios, la patria potestad, etc.

A su vez, el divorcio remedio, es tratado en el fundamento 23 del TPC; se explica que en este el juzgador solo verifica la efectiva separación de los cónyuges, sin importar el determinar si uno o ambos son culpables, y por lo mismo no conlleva una sanción. Este tipo de divorcio, en realidad tiene por objetivo declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que ocurrió con anterioridad al proceso.

La separación de hecho, calza dentro de este último tipo de divorcio, pues el deber de cohabitación de las partes, es decir la vida en común, se interrumpió con anterioridad al inicio del proceso judicial (más de 2 o 4 años según sea el caso).

Entonces, la naturaleza jurídica de la separación de hecho no puede ser otra que la de una causal objetiva, pues no importa determinar el responsable de la disolución del vínculo, solo corroborar la situación fáctica acaecida. Sin embargo, contradictoriamente a este tipo de divorcio [remedio] en el pleno en el fundamento 34, se hace referencia también a una naturaleza subjetiva que involucra, la intención deliberada de uno o ambos cónyuges de no reanudar la vida en común.

B.2. La indemnización del 345-A del Código Civil:

Habiendo establecido los dos tipos de divorcio, uno determinado por causas subjetiva y el otro por objetivas; debemos precisar que para cada uno de ellos se ha establecido una indemnización. En específico, la indemnización prevista para la separación de hecho ha generado diversas posiciones doctrinarias para establecer su naturaleza jurídica, por ello creemos conveniente desarrollar las diversas posiciones doctrinarias que existen sobre el particular.

El profesor Luis Alfaro (2011), a manera de prefacio, detalla los modelos jurídicos existentes en torno a esta figura jurídica, así hace mención a el modelo francés que regula la figura denominada “prestation compensatoire”, el modelo italiano en el que existe la figura de “asegno di divorzio”, el modelo español con la “pensión compensatoria”, y por último el modelo chileno con la “compensación económica.”. (p.58)

Hicimos mención a estos modelos jurídicos, puesto que, a lo largo de nuestra historia legislativa, la importación jurídica es una característica predominante de nuestro ordenamiento; situación que, sea buena o mala, no corresponde analizar en este trabajo, pero si tener en cuenta para entender mejor la figura jurídica.

B.2.1. Naturaleza jurídica:

La discusión, en realidad, se centra en la naturaleza jurídica de esta figura, pero, ¿porque es tan importante determinarla?

En un primer momento se podría concluir que la finalidad es realizar a un consenso doctrinal en nuestro ordenamiento, pero en realidad va más allá, pues su determinación permite elegir factores de decisión en la práctica, así como la correcta aplicación del derecho supletorio según sea el caso. Este pensamiento es compartido en el fundamento 52 del TPC y también lo advierte el profesor Alfaro (2011, p.68) al estar convencido que el esclarecimiento de la naturaleza jurídica permitirá determinar el derecho o doctrina supletoria aplicable frente a una ausencia normativa.

Pues bien, en el Tercer Pleno Casatorio, los magistrados optan por hacer un pequeño desarrollo de los distintos enfoques planteados para la naturaleza de esta figura, haciendo mención del punto 8.2.1. al 8.2.5 de cinco tipos de perspectivas, pues para ciertos sectores

doctrinarios su naturaleza puede ser: de carácter alimentario, carácter reparador, carácter indemnizatorio, carácter de obligación legal, y carácter de responsabilidad civil extracontractual.

Cada uno de estos enfoques de la naturaleza jurídica de la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene un sustento doctrinario, que incluso está respaldada por modelos extranjeros (como se mencionó antes); es en ese sentido que describiremos los fundamentos que defienden la mayoría de ellos y como no se adecuan a la figura de nuestro ordenamiento jurídico.

a) Enfoque Asistencial o alimenticio:

Para empezar, debemos recordar que, toda figura de carácter alimentario tiene como finalidad cubrir una situación de necesidad, la misma que debe ser cubierta en atención a un vínculo familiar que se tenga con el obligado, además atendiendo a las posibilidades de este último. Entonces, ¿la indemnización al cónyuge más perjudicado del 345-A tiene esa finalidad?

A todas luces no, pues desde la misma redacción del artículo en mención se observa que el legislador optó por otorgar esta indemnización de manera independiente a la pensión de alimentos que podría corresponderle al cónyuge perjudicado. Además, no se observan las condiciones para que se configure como alimentos, pues no necesaria la existencia de un estado de necesidad del cónyuge perjudicado, solo se necesita evidenciar una situación de inequidad patrimonial respecto del otro cónyuge, producida por la separación o el divorcio.

Este enfoque es propio del ordenamiento jurídico español, quien como se mencionó líneas arriba, lo incorpora con el nombre de pensión compensatoria; advirtiéndose de la

denominación “pensión” de esta figura, que es un pago de tracto sucesivo, a diferencia de la nuestra que se realiza (de ser el caso) en un solo pago.

b) Enfoque de indemnización por sacrificio

Este segundo enfoque, también proveniente de la doctrina española, plantea el caso en el que una persona por ley está obligada al pago de una indemnización pero que no es producto de una responsabilidad, sino la imposición está fundamentada en una desigual distribución de cargas, una situación de sacrificio especial, o una situación de enriquecimiento a expensas de otro.

Sin embargo, respecto al uso de la denominación “indemnización”, creemos pertinente mencionar la aclaración que hace Alfaro (2011) citando al profesor Díez-Picazo, pues como él bien refiere:

(...) en la práctica jurídica se las denomina a estas compensaciones a veces indemnizaciones, sin que exista inconvenientes 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. (p.84)

Esto implica que el empleo del término indemnización es amplio, no hay un uso específico y por lo mismo no se puede circunscribir a un determinado concepto.

c) Enfoque por Responsabilidad Civil

Ahora bien, una de las posturas en las que existe mayor controversia, y a la que una gran parte de la doctrina nacional se adscribe, es el considerar que la indemnización que se otorga al cónyuge más perjudicado producto de la separación de hecho tiene naturaleza jurídica

de responsabilidad civil, por consiguiente, debe de aplicarse los elementos y características de esta última.

El problema doctrinario principal, no gira en realidad en torno a la figura del artículo 345-A, sino al término “indemnización” en general, pues consideran que este es un referente inmediato de responsabilidad civil; cuando evidentemente no lo es. Como ejemplo podemos tomar la introducción hecha por Olga Alcántara (2016, p.110) quien, a manera de introducción para analizar el daño en el TPC, menciona que “En líneas generales, se puede afirmar que el otorgamiento de una indemnización responde a dos categorías distintas de responsabilidad: contractual y/o extracontractual (...)” Así, no debe de sorprendernos que se comprenda prima facie que todo lo vinculado con la indemnización se refiere a responsabilidad civil.

Pues bien, el sector doctrinario que considera que la figura tiene naturaleza jurídica de responsabilidad civil, cree en su mayoría que esta es de tipo extracontractual; no obstante, un grupo menor incluso plantea que es un tipo especial de responsabilidad civil familiar. Respecto a estos diversos planteamientos que giran en torno a este enfoque Alfaro (2011) es sumamente crítico al mencionar que “

(...) resulta impropio, inadecuado y por demás peligroso establecer criterios doctrinales sobre la base de modelos jurídicos que importan figuras jurídicas, tan igual quenosotros; y no indagar sobre su verdadera fuente de inspiración; puesto que la existencia de abundante doctrina, no significa necesariamente que exista claridad sobre el tema en cuestión. (p.79)

Esta observación es realizada por el profesor, al advertir que los que son partidarios del enfoque de responsabilidad civil toman como referencia a doctrina argentina, la misma que en

esta figura jurídica en específico, también está tomando como referente doctrina extranjera, generándose así una extrapolación doctrinaria sin tomar en consideración nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto y mucho menos la realidad social en la que vivimos.

En el TPC, en el punto 8.2.5. se hace mención en específico a la responsabilidad civil extracontractual, y que para su configuración deben de concurrir (como era de esperarse) todos sus elementos: a) daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad. Sin embargo, este enfoque tampoco es el adoptado por el pleno, por los fundamentos que veremos a razón del análisis del último enfoque.

d) Enfoque de Obligación Legal

Este último enfoque, que es el adoptado por el Tercer Pleno Casatorio, tuvo como uno de los más importantes defensores al profesor Leysser León, quien además de haber sustentado este enfoque en calidad de *amicus curiae*, en diversas publicaciones ha sido enfático en señalar la naturaleza obligacional de esta figura jurídica; tal como se observa de la cita hecha al profesor Leysser por Alfaro Valverde:

Que el sistema peruano debiera iniciar una diferenciación clara y precisa entre **indemnización y resarcimiento, pues son conceptos con diferentes alcances**. En el primero no es necesario imputar responsabilidad civil ni hablar de culpable o imputable, mientras que el segundo (...) civil propiamente dicho, sea por incumplimiento o por un ilícito aquiliano. Tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con criterio de equidad. (p.98) (el resaltado es nuestro).

De ello se desprende, una vez más, que el profesor Leysser si entiende a la indemnización y resarcimiento como conceptos totalmente dispares, y por lo mismo ve por conveniente la urgencia de una distinción entre ambos.

Así, el enfoque de obligación legal está fundamentada en la solidaridad legal, pues lo que se busca es corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial.

Hasta este punto, no habría mayor problema con la postura adoptada en el pleno casatorio, que es por cierto precedente vinculante; sin embargo, los fundamentos esgrimidos para justificar esta figura con contradictorios con la misma, pues usan casi todos los elementos de la responsabilidad civil para justificar la adopción del enfoque de obligación legal.

No somos los primeros en advertir esta deficiencia, Tantaleán Odar (2017) después de comentar sobre la naturaleza jurídica del 345-A, afirma que:

(...) el problema del Pleno radica más bien en que habiéndose afirmado tan contantemente que estamos ante una obligación índole legal –una indemnización sensu strictu-, que nada tiene que ver con la responsabilidad civil, contraproducentemente a lo largo de los fundamentos esgrimidos se recurre a los componentes de la responsabilidad civil, como sucede, por ejemplo, con los factores atributivos, el daño y hasta con el nexo causal. (p.200)

De lo mencionado, se entiende que es evidente la contradicción suscitada en la resolución del TPC, pues, aunque señala no es necesaria la concurrencia de elementos de responsabilidad civil luego se hace referencia al empleo de estos.

En efecto, como lo evidenciamos en el punto 2.2.1.3.1. del presente trabajo en los considerandos 59, 61, 62, 66 y 70; se hace mención del nexo causal como elemento principal para determinar esta indemnización, así como el daño moral o personal, e incluso de ciertos

factores subjetivos como que alguno de los cónyuges no quiera volver al hogar conyugal ni hacer vida en común.

B.2.2. Criterios para fijar el monto indemnizatorio:

Otra de las deficiencias a anotar, no tanto del TPC, sino de la misma fórmula legal adoptada en nuestro ordenamiento jurídico es que, a diferencia de otros, no establece criterios uniformes a seguir para poder determinar un monto indemnizatorio, siendo mera facultad discrecional del juez.

Si bien en el fundamento 61 del pleno, así como en el cuarto precedente explícito del fallo se indican, creemos conveniente que haga una mención de los criterios a considerar para la determinación de la indemnización regulada en el artículo 345-A, no sin antes adscribirnos a la definición brindada por Alfaro (2011) para esta figura:

Es una obligación legal derivada de la separación de hecho, consistente en el derecho que nace en favor del cónyuge más perjudicado y a cargo del otro, siempre que se acredite la inestabilidad económica entre las posiciones personales de los cónyuges, capaz de generar un perjuicio de naturaleza objetiva. (p.110)

Es preciso tener en claro que, “cónyuge perjudicado” no es lo mismo que “cónyuge culpable”, pues en principio estamos ante una causal de divorcio remedio; por lo tanto, lo que se busca no es una sanción al cónyuge que ocasionó la separación sino regularizar una situación fáctica acontecida mucho antes. Entonces, estando ante una causal objetiva, lo que se busca es determinar al cónyuge que, a consecuencia de la ruptura de la vida en común, se le causa un perjuicio económico, en tanto que en su situación actual se encuentra en una situación de

desventaja respecto de su símil en comparación a lo que venía sucediendo cuando aún mantenía la vida en común.

Al respecto, Aguilar Llanos (2016) teniendo como base la legislación española propone los mismos criterios para determinar la existencia de este derecho y su cuantificación, los mismos que son (p.108):

- Acuerdo entre cónyuges.
- Edad y estado de salud, cuando se produce la separación de vida en común.
- Calificación profesional y probabilidades de acceso al empleo.
- Dedicación pasada y futura de la familia.
- Colaboración con su trabajo en actividades económicas del otro cónyuge.
- Duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- Eventualidad de la pérdida de un derecho de pensión.
- Caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

Se entiende entonces que según Llanos debe darse la concurrencia de estos criterios para una adecuada cuantificación.

Por su parte, Torres Maldonado (2017), ampliando de cierta manera los criterios brindados por el TPC, en la regla número cuatro, detalla las circunstancias que se deben apreciar en cada caso en concreto para la determinación del monto indemnizatorio (p. 233):

- a) El grado de afectación emocional o psicológica.
- b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar. En relación a la dedicación del hogar conyugal, se ha establecido que se produce un desequilibrio económico como consecuencia de la separación de hecho

si la esposa no desempeñó trabajos remunerado ni siguió estudios técnicos para subvenir sus necesidades básicas, dedicándose enteramente a las labores del hogar y al cuidado de los cuatro hijos. Ello incidió en que no haya podido labrarse otras expectativas o deseos de superación personal, trayendo como consecuencia que, al momento de producirse la separación efectiva, no pueda procurarse una subsistencia por sí misma, recurriendo a trabajos manuales para proveer de alimentos a su hogar.

- c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y para sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha entendido que la cónyuge quedo en una situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro consorte, pues había tenido que demandar alimentos para sus hijos ante el incumplimiento del obligado.
- d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

Al igual que en los parámetros de cuantificación anteriores, en este caso se detallan los criterios a seguir para poder determinar de manera idónea una suma indemnizatoria.

No cabe duda que, es necesario no solo establecer doctrina jurisprudencial al respecto sino establecer criterios normativos por parte del legislador, para que acorde a nuestra realidad social se uniformice la determinación de indemnización por la separación de hecho.

1.6.2.1.5. Comentarios Finales:

Habiendo realizado un análisis profundo del Tercer Pleno Casatorio, enfatizando los fundamentos controversiales, y siendo críticos sobre todo en aspectos que creemos relevantes

resaltar en aras de tener un referente y sustento al momento de desarrollar el punto 2. 3.; creemos necesario reiterar dos puntos principales:

El primero es indiscutible, aunque se haya establecido que la naturaleza jurídica de la indemnización al cónyuge más perjudicado por separación de hecho, regulada en el artículo 345-A del Código Civil, es de obligación legal, y está sustentada en principios de equidad y solidaridad familiar; la fundamentación vertida en el TPC coge los elementos de la responsabilidad civil para la indemnización.

Constantemente en el pleno, se reitera que el nexo causal es vital para establecer que la separación de cuerpos o el divorcio generan una situación de desigualdad entre los cónyuges y por ende la existencia de uno más perjudicado; también se hace mención (incluso en la formula normativa) al daño personal. Además, aunque se intentaron excluir factores subjetivos para la determinación de la indemnización, fracasaron en el intento; teniendo el ejemplo más claro en el fundamento 50 del pleno:

(...) para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a elementos de la culpa o dolo a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en ese sentido, será considerado con tal que cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

El segundo punto importante, es la vinculación generalizada de la indemnización con una naturaleza de obligación legal, y la poca precisión al tocar los términos indemnización y

resarcimiento; hecho evidenciado en específico en el segundo punto, numeral 6 del fallo del TPC, que, por cierto, es un ratio decidendi expreso (precedente judicial vinculante).

Así, lo idóneo hubiera sido que se haya aclarado no solo la naturaleza jurídica de la indemnización producto de la separación de hecho, sino de manera general respecto de otras figuras como el resarcimiento; eso en atención a las malas interpretaciones realizadas al pleno y que se evidenciaron en las líneas antepuestas.

Este hecho fue advertido por Tantaleán Odar, quien con la finalidad de aclarar el panorama y diferenciar claramente las figuras antes mencionadas planteó el siguiente cuadro:

Tabla 1: Diferencias entre indemnización y resarcimiento

Orden Diferenciador	Rubro	Denominador del Remedio	
		Indemnización	Resarcimiento
ORDEN FUNCIONAL	Finalidad	Función reequilibradora o reintegradora: eliminar o moderar el indebido incremento de un patrimonio en daño de otro. Es compensación genérica.	Función de reconstitución o restauración : del patrimonio del lesionado, desde la perspectiva del agente generador del daño.
			Función de equivalencia general: restablecimiento de una situación perjudicada por una equivalente desde la perspectiva de la víctima. Función de mantenimiento: del statu quo previo a la ocurrencia del daño, desde la perspectiva de la víctima.
ORDEN ESTRUCTURAL	Fundamento	No es una reacción inmediata al daño	Es reacción inmediata al daño pues el daño es presupuesto de la responsabilidad civil y este de la obligación resarcitoria

	Origen	Supuesto de hecho normativo	Hecho aquiliano
	Criterio de procedencia	Equidad	Imputación (subjetivo u objetivo) para que con el análisis del resarcimiento se le impute un daño a un sujeto.
ORDEN CONSECUENCIAL	Cuantía dineraria	Prescinde de la adecuación al daño, incluso puede ser menor al daño en el caso de que exista	Exclusivamente es en razón del daño
	Alcance del remedio	Solo cabe una compensación dineraria por equivalente	La reparación del daño puede consistir en un resarcimiento (situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido –reparación por equivalente-) o una reintegración en forma específica (crea una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de producirse el daño, aunque el daño permanece en el mundo de los hechos)

Fuente: Tantaleón (2017, p.193)

Partiendo de esta anticipada distinción realizada por el profesor Tantaleón, la misma que si bien fue realizada para entender la naturaleza jurídica de la figura regulada en el artículo 345-A del Código Civil, nos abre paso para realizar un análisis más extenso de ambos términos empleados comúnmente en nuestro ordenamiento jurídico, y poder dilucidar todos los aspectos que cada uno comporta.

1.6.2.2. Entre el Resarcimiento e Indemnización:

1.6.2.2.1. Contextualización:

En aras de poder distinguir la existencia [o no] de una diferencia entre los términos resarcimiento e indemnización, es preciso partir de una aproximación histórica al uso de cada uno de estos términos, para así poder entender el significado primigenio de cada uno y como fue evolucionado su entender con los años.

Debemos partir de la premisa que, ambos términos, tanto indemnización y resarcimiento, según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas comparten una finalidad en común: ambos buscan la reparación de un daño o un mal; será entonces ese nuestro punto de partida.

Podríamos pensar que, como en la mayoría de instituciones de derecho civil, la referencia más cercana son las figuras del Derecho Romano; sin embargo, la noción de reparación se remonta a mucho antes, con el Código de Hammurabi.

En el Código de Hammurabi, nos encontramos con la Ley del Talión, el cual como lo menciona Sack (2014), fue un mecanismo de composición del conflicto social surgido por la comisión de un daño, que se efectivizaba, a través de la venganza o autotutela. (p.17); sin embargo, Nanclares & Gómez (2017), agregan que en éste también se contempló la posibilidad de una compensación en dinero cuando no se trataban de daños a la persona. (p.60), situación dada porque originalmente el daño a la persona se consideraba irreparable.

Pues bien, luego de la inflexible regulación dada por la Ley del Talión, la Ley de las XII Tablas, brinda la posibilidad de elección de la reparación del daño, en ese sentido podía devolver el mal sufrido o solicitar un “resarcimiento” monetario. Esta composición económica del daño era llamada según Nanclares & Gómez (2017, p.60) la “pena privada (poena)”.

Originariamente, en el Derecho Romano, no se establecía una distinción clara entre delitos [ilícitos] penales y civiles, ese es el principal motivo de que, como consecuencia de la comisión de un “delito penal”, se impusiera junto con la sanción, la entrega de una suma de dinero.

Como es evidente, la entrega de una suma de dinero constituye una obligación, éste es el punto de partida en el Derecho Romano para abordar el tema de la reparación a consecuencia de los daños. Así lo entiende Herrera (1984) al afirmar que, en el derecho romano, “los delitos son fuente de la obligación, pues crean una situación injusta, un perjuicio en la víctima que debe resarcirse o compensarse económicamente” (p.216).

Ya realizando una distinción entre delitos civiles y penales, en el Derecho Romano encontrábamos tres principales delitos civiles: la injuria, el furtum y, el *damnum injura datum*.

De manera breve, podemos entender a la injuria como un delito privado que comprendía inicialmente el daño corporal, y con el tiempo también el atentado contra el honor y la personalidad de la víctima; como consecuencia del daño generado, se imponía el pago de una multa pero que no se acumulaba con el pago de daños e intereses.

El furtum, era un delito que consistía en el hecho de apropiarse de la cosa del otro, contra la voluntad del propietario y con la intención de sacar un beneficio de su posesión o uso; al margen de las acciones penales, también podían ejercerse acciones de indemnización y reipersecutorias, a través de éstas dos últimas, se buscaba recuperar la cosa robada o el pago de su valor.

Por último, encontramos al *Damnun Injuria Datum*, este era el daño causado injustamente al patrimonio de una persona, éste a diferencia del robo, empobrecía a la víctima, pero no enriquecía al autor. Es a raíz de este delito civil que aparece la figura [relevante] de la *Lex Aquilia*, ésta reprimía tres clases de hechos: sancionaba la muerte del esclavo, el daño del ganado ajeno, y la destrucción de bienes muebles o inmuebles. El autor que cometía este delito quedaba obligado al pago de una suma de dinero, sancionado por la *actio domini injuria* o *actio legis Aquiliae*, acciones concedidas al propietario del bien contra el autor y sus cómplices. (Herrera, 1984, p.228)

Hacemos énfasis en la figura de la *lex Aquilia* pues, como lo señala Guido (2016), es a partir de ésta figura que el autor de un ilícito no se encuentra sometido a una pena, sino que es gravado por la obligación de dar una suma de dinero (p.58); en otras palabras, es a partir de ésta que se demarca definitivamente la distinción entre una pena, entendida como una sanción penal, y la obligación de dar una suma de dinero, como consecuencia de un ilícito, situación que nos ayudará más adelante a dilucidar las finalidades de los términos analizados (resarcimiento e indemnización).

Sin embargo, los delitos no eran los únicos que generaban obligaciones relacionadas con la entrega de una suma de dinero; también encontrábamos las obligaciones nacidas de actos lícitos. Estas obligaciones se originaban indefectiblemente de la realización de un contrato; si bien en el derecho romano se tuvo en cuenta tanto el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa como elementos esenciales para su creación, la situación relevante para nuestro tema de estudio era la inexecución de estas obligaciones.

La situación ideal sería que se ejecute el contenido acordado en el contrato; sin embargo, como menciona Herrera (1984), puede suceder que por alguna circunstancia sea imposible realizar la ejecución de la prestación o que el deudor no satisfaga ésta en el momento acordado, así el incumplimiento de la obligación daría lugar a un deber indemnizatorio. (p.255)

Los daños e intereses generados por la inejecución, eran de dos tipos: convencionales, que no era más que la indemnización convenida entre el deudor y el acreedor para el caso de la inejecución; y, judiciales, que eran los daños y perjuicios abonados al acreedor mediante una acción judicial.

Siguiendo con el hilo de la historia nos encontramos con el antiguo derecho francés, que fue influenciado por el derecho romano al establecer la distinción entre acción penal y reipersecutorias. Sin embargo, a diferencia de los últimos, los franceses optaron por establecer una regla teórica, además vieron en la acción civil la posibilidad de atribuir un precio a la sangre y la venganza. (Nanclares & Gomez, 2017, p.62)

El Código Civil Francés, o el Código de Napoleón, es el antecedente moderno de la regulación de la reparación, este recoge los postulados del Derecho Natural con clara influencia de la teoría de la responsabilidad por hecho ilícito de Domat. Como bien advierte Nanclares & Gomez (2017), este Código a pesar de no tener un capítulo dedicado exclusivamente a la responsabilidad, si consagro un principio general del mismo en su artículo 1382, y vinculó la reparación del daño al valor del perjuicio sufrido, es decir cuantificó la condena en función de la medida del perjuicio. (p.63)

Es importante mencionar la acotación hecha por Guido (2016) citando a Toullier, quien considera que: “(...) en el Code se hace referencia a una excepción que comprende los casos en los que se debe responder por mandato de la ley o los casos en los que se responde por acuerdo explícito o tácito (...)” (p.75); así, se advierte que, ya existen casos en los cuales la norma imperativa establece supuestos para indemnizar sin perjuicio de los demás señalados normativamente.

Del Código Civil Austriaco, que entro en vigencia aproximadamente en 1812, debemos destacar las reglas que establece referidas al ilícito, están recogidas al final de la sección de la segunda parte y tiene el título “derecho de indemnización y reparación”. (Guido, 2016, p.77) Además, el legislador austriaco le da prioridad al daño, entendiéndolo como algún perjuicio causado al patrimonio, los derechos o a la persona de alguien; en ese sentido la da mayor importancia al incumplimiento (de obligaciones) y al hecho ilícito.

Pues bien, luego de este breve recuento de los dispositivos normativos que abordan el tema de la reparación, se observan dos puntos relevantes: el uso sin distinción de los términos resarcimiento e indemnización; y, el tener como elemento central al daño, buscando la reparación del mismo.

El haber advertido este hecho nos permite concluir que, la distinción entre ambas figuras no es histórica; no obstante, aún no podemos afirmar que la distinción no exista, sino que esta pueda (o no) girar entrono a otros factores (objeto, finalidad, método).

1.6.2.2.2. Elementos Filosóficos de una Institución Jurídica.

Cualquier institución jurídica, sea cual fuera el área en la que este inmersa, está compuesta por elementos filosóficos que permiten su entendimiento; no obstante, la comprensión del mismo varía del enfoque o interpretación que el sujeto que lo estudia le brinde.

Respecto a esta cuestión subjetiva, Solis Espinoza (2007), nos explica que es el sujeto, quién conoce a través de su actividad subjetiva, el objeto. (p.58) En palabras más sencillas, es el hombre quien impone sus conceptos, conjeturas, cualidades o características a los objetos cognoscentes; sin embargo, no basta con la subjetividad para tomarla como una verdad, debe existir un método para corroborar lo afirmado.

Antes de abordar el método es importante comprender mejor el objeto de estudio de una institución jurídica. Solis Espinoza (2007) explica que el objeto es el punto de referencia que bien puede ser una cosa o una idea. (p.58) Sobre el particular, Rodríguez (2007, pp.53-55) comenta que el objeto de estudio se puede clasificar en cuatro categorías: objetos reales, irreales estimativos y decisionales; sub-clasificándose los objetos reales en facticos e ideales. Las instituciones jurídicas se encuentran inmersas en la última clasificación, es decir es un objeto real ideal, pues es producto de un proceso de abstracción y generalización.

Habiendo llegado a entender el objeto de estudio, hablemos sobre el método de estudio. Este concepto ha sido abordado desde diversos ámbitos, tales como ciencia, tecnología, filosofía, etc.; por ello, Badenes (1959, p.17) realiza una recopilación de las diferentes acepciones respecto al método citando a diversos autores: Para Sánchez Román, el método es la dirección ordenada del pensamiento en la obra de la ciencia; para Globot, es un modo razonado de conducir el pensamiento para llegar a un resultado determinado, y notablemente para descubrir la verdad; para Mercier, es el camino que conduce a la ciencia; y finalmente

para Mercier, son las directivas seguidas por el espíritu humano para penetrar en un objeto cualquiera del conocimiento humano y llegar a hacerse dueño.

En conclusión, podemos entender al método como el camino racional usado para llegar a un resultado deseado; es de notar, entonces, que el método siempre estará direccionado a algo que se desea obtener, encontrar o producir, a esto se le llama fin de estudio.

Llegado a este punto, un lector perspicaz habrá advertido la conexión obligatoria entre el objeto y el fin de estudio de cualquier institución jurídica. Tenemos cuatro elementos necesarios para el análisis, pero dependiendo del sujeto que estudia determinada institución, se pueden plantear distintos objetos y fines de estudios, y a su vez para justificarlos, éste usará el método de estudio conveniente, el mismo que está respaldado de una base filosófica para su validación.

Para terminar de entender la irremediable vinculación entre el objeto de estudio y el fin de estudio, Vivanco (2017) menciona que el fin de estudio se debe entender como el norte de predictibilidad, es decir, como el elemento encargado de anticipar que se obtendrá de la suma entre el objeto y el método de estudio. (p.40) En suma, el sujeto que estudia el objeto lo hace teniendo un fin de estudio preestablecido, usando al método como un medio para validarlo.

Ahora bien, iniciamos mencionado que la reparación es la orientación en común, al menos en su significado, de los términos indemnización y resarcimiento; pero, al hablar de reparación, irremediamente nos viene a la mente la Responsabilidad Civil.

No es ningún secreto que, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la normativa como en la doctrina referida a la Responsabilidad Civil, se usa indistintamente los términos indemnización y resarcimiento.

Los únicos doctrinarios (dentro del ámbito nacional), que intentan brindar una distinción entre ambos términos, son 3: Leysser León, Rómulo Morales y Jorge Beltran; pero, ¿la distinción que realizan en realidad está correctamente sustentada o es un capricho académico?

Esta interrogante será contestada en la parte final del presente trabajo, pero para poder fundamentar correctamente nuestra posición, usaremos los elementos filosóficos que acabamos de detallar (sujeto cognoscente, objeto de estudio, método de estudio, y fin de estudio), para analizar la institución de la Responsabilidad Civil.

1.6.2.2.3. Concepción de la Responsabilidad Civil

Como explicamos, dependerá del sujeto que estudie la Responsabilidad Civil la utilización de diferentes métodos para conducirse al fin de estudio que pretende demostrar; ésta afirmación, aunque pueda parecer un poco confusa en principio, puede dilucidarse sencillamente al advertir que algunos autores plantean una teoría unitaria de la responsabilidad civil, mientras que otros se inclinan por la teoría dualista.

En esa línea de análisis, desarrollaremos los pensamientos de los más conocidos doctrinarios de la Responsabilidad Civil en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de entender la esencia de esta Institución Jurídica.

A. Lizardo Taboada Córdova

Plantea que la responsabilidad civil se origina por la realización de hechos jurídicos ilícitos que causan un daño que debe ser reparado. Así entiende que:

(...) la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien de daños que sean el resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. (2013, p.33).

Entendiéndose, por lo tanto, que el fundamento de la responsabilidad civil es la indemnización de los daños sin importar la naturaleza de origen de este.

Además, agrega respecto a este instituto jurídico que su “(...) finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños (...)” (2013, p34).

De estas breves citas, se desprende la idea que tiene Taboada de la Responsabilidad Civil; estas son: que el objeto de estudio es la producción del daño, y que el fin del estudio es resolver el conflicto generado por el daño a través de la indemnización.

No obstante, para llevar a cabo este fin, se necesita un método; y en ese sentido se tienen los elementos de la responsabilidad civil. Taboada (2013, pp.34-44), considera que tanto la responsabilidad civil contractual como extracontractual solo difieren en el origen del daño, es por ello que está a favor de estudiar la responsabilidad civil como una sola. Por consiguiente,

argumenta que los requisitos (elementos) comunes a la responsabilidad civil son la antijuridicidad, daño causado, la relación de causalidad y, el factor de atribución.

Así, a través de los elementos de la responsabilidad civil se resolverá el conflicto entre particulares, pues se determinará a quién le corresponde asumir el daño generado.

B. Juan Espinoza Espinoza

El profesor Espinoza (2007, p.45), quién es también un defensor de la teoría unitaria de la responsabilidad civil, entiende que la responsabilidad es consecuencia de la ruptura de un orden preestablecido, para que el daño se transfiera del sujeto que lo sufre, a otro sujeto, a través de la imputación a este de una obligación que tiene como contenido el resarcimiento del daño.

Además, siendo un poco perspicaz, se puede obtener un concepto de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico a razón de los artículos 1321 y 1969 del Código Civil, llegando a entenderse que, por incumplimiento de las obligaciones o por lesión de un derecho o un legítimo interés que ocasione un daño, se impone (al responsable) la sanción de indemnizar.

Partiendo de esta interpretación primigenia, Espinoza (2007) define a la responsabilidad civil como “(...) una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado.” (p.46); esto quiere decir, que existe una diferencia entre responsable y autor, y que la responsabilidad civil se basa en una obligación de reparar un daño causado.

Podríamos afirmar, entonces, que el objeto de estudio de la Responsabilidad Civil es también, para Espinoza, el daño; sin embargo, lo entiende de una manera un poco más extensa pues afirma que:

el daño no puede ser entendido solo 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 consecuencia. (2007, p. 226)

En consecuencia, el objeto de estudio es lo que denomina daño-evento y daño-consecuencia, y el fin de estudio es imponer al responsable de los daños la obligación de repararlo.

Al igual que el profesor Taboada, Espinoza tiene como método de estudio los elementos de la responsabilidad civil; sin embargo, él reconoce un elemento de análisis más, así tiene a la imputabilidad, antijuricidad o “ilicitud”, como él prefiere llamarlo, el factor de atribución, el nexo causal, y el daño.

C. Fernando de Trazegnies Granda

Si bien la mayoría de estudios de este autor se centran en la responsabilidad extracontractual, esta situación no resta mérito a la mención de su concepción de la responsabilidad civil.

Fernando de Trazegnies (2015, pp. 31-35) parte de un recuento de las teorías de la responsabilidad extracontractual: Empieza con la responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa,

la misma que coloca el peso económico en quien considera culpable del daño, en ese sentido el causante del daño responde por el mismo pagando una reparación; sin embargo, por el incremento de riesgos del mundo moderno, apareció la necesidad de objetivizar la responsabilidad, y lo hicieron de dos formas: invirtiendo la carga de la prueba, y formular una nueva teoría de la responsabilidad objetiva.

La que sobresalió fue la responsabilidad objetiva, por medio de esta se obvia la existencia de “culpa” y se pone mayor énfasis en el nexo causal, el problema era que una persona tenía que asumir el peso económico del daño sin haberse probado su culpa; para subsanar este problema, se planteó la teoría del riesgo creado.

Un inconveniente más surge a raíz de esta última teoría, era difícil determinar qué persona causaba el riesgo, así se deja de tener a la víctima o al causante como los que responden por el riesgo creado, a través de la distribución social de los daños; esta última teoría se vale de dos medios: el sistema de precios y la contratación de seguros.

De este recuento evolutivo de la responsabilidad civil extracontractual, podemos concluir que ésta siempre gira en torno a el daño, asignando primero al “culpable” de ocasionarlo, y luego objetivizándolo; entonces, como es evidente, el objeto de estudio es el daño.

Ahora respecto al fin de estudio, De Trazegnies (2005) es claro al mencionar que “(...) lo que busca la responsabilidad extracontractual es la reparación del daño” (p.213); este pensamiento de De Trazegnies, puede ser constatado también de la lectura del prólogo que

realiza a la segunda edición del libro de Derecho de la Responsabilidad Civil de Juan Espinoza Espinoza.

Respecto al método de estudio, este no es distinto a los planteados por los autores precedentes, siendo la antijuricidad, nexo causal, factor de atribución (exceptuando la responsabilidad objetiva) y el daño.

D. Leysser Luggi León Hilario

El profesor Leysser, partiendo de una crítica a la importación de términos jurídicos de otros ordenamientos, que muy aparte de poseer una distinta realidad social, económica e histórica; estas no son trasladadas en su integridad sino de segunda mano.

Sin desmeritar las (en nuestra opinión acertadas) críticas que realiza, queremos resaltar, al igual que con los otros doctrinarios, la concepción de la Institución de la Responsabilidad Civil para él, en ese sentido el profesor León (2007) explica que:

En sentido jurídico, en cambio, la responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto. Dichas consecuencias desventajosas manifiestan la reacción del ordenamiento jurídico frente a un hecho que se considera legalmente reprobable, por atentar contra intereses ajenos o de la colectividad en general. (p.49)

Podemos advertir que la responsabilidad civil, impone una consecuencia (obligación) a el sujeto que realice un hecho contrario a norma, a los intereses ajenos o de la colectividad. Sin embargo, ¿cuál es esa consecuencia que debe de imponerse?, León (2007, p. 50) acota lo siguiente: “Las normas de responsabilidad civil garantizan, pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que los perjuicios causados de manera ilegítima sean asumidos y resarcidos por alguien.”

Como es evidente, la consecuencia es la obligación de resarcir asumida por el causante del perjuicio (daño), obviamente esta obligación debe estar amparada por un marco normativo, y debe de seguirse un método para determinar al responsable. Si bien Leysser no es muy claro, al desarrollar los métodos de estudio de esta institución de manera general se advierte que pone énfasis en el daño, la causalidad, y los criterios de imputación.

Con el fin de reforzar nuestra posición de que, el daño es el objeto de estudio y su fin es la reparación del mismo, transcribiremos tres definiciones que da el profesor León (2016) respecto de la responsabilidad civil:

- a) Como institución del derecho privado es un sistema de reglas orientadas hacia el restablecimiento de un statu quo preexistente, alterado en sentido negativo por un evento dañoso.
- b) Como obligación es el compromiso de resarcimiento de daños que se impone a aquel que resulte considerado “civilmente responsable”, sea por el dictado de directo de una norma jurídica, o bien como resultado de un “juicio”, o sea, de una operación intelectual practicada por el juzgador (magistrado o árbitro) a la luz del marco normativo.

c) Como área de estudio es una rama del derecho privado en la que se comprende el análisis, conceptual y pragmático, de los preceptos del ordenamiento que apuntan al resarcimiento de los daños por parte del responsable. (pp. 32-33)

Como se observa, independientemente del enfoque que se tome para otorgar una definición a la responsabilidad civil, ésta siempre va a girar en torno al daño y su reparación (resarcimiento para él) por parte del responsable.

E. Piero Guido Alpa

Uno de los principales juristas italianos y referente en cuestiones de responsabilidad civil, parte de un análisis crítico de la forma de estudio de este Instituto Jurídico; entiende que el estudio de la responsabilidad permitirá al sujeto diversas oportunidades, tanto para ocuparse de temas siempre nuevos como para combinar y desarrollar principio y reglas que descenden de una vasta y amplia tradición, pero basadas en las exigencias de una nueva sociedad compleja. En esa línea, Guido Alpa, es enfático al señalar:

Vinculados con los problemas de responsabilidad están los problemas de resarcimiento del daño: también aquí se encuentra homogeneidad entre las diversas experiencias, no más vinculadas a una concepción exclusivamente patrimonial, sino atentas a la definición y liquidación del daño psico-físico y del daño moral. (Espinoza, 2007, p.27)

Además, en otra de sus obras, Guido (2016), partiendo de un enfoque un poco más histórico y comparativo, explica que:

(...) el sector que de manera convencional se designa con el término responsabilidad civil (y que encuentra terminología y regímenes jurídicos homólogos en Italia, Francia, España, Portugal y Latinoamérica) caracteriza donde sea, incluso en Alemania,

Inglaterra, Estados Unidos, el mismo fenómeno: **el acaecimiento de daños considerados jurídicamente relevantes, el ejercicio de actividades o la realización de actos de los que deriva aquel daño y la obligación de un sujeto –en ocasiones el autor directo y material del acto, o el sujeto elegido por el ordenamiento para que asuma económicamente las consecuencias- de resarcir al damnificado.** (p.16) (el resaltado es nuestro)

Por lo tanto, se concluye que según el profesor Guido, en diversas partes del mundo la responsabilidad civil tiene el fundamento y origen en los daños acaecidos, caracterizados por ser relevantes para el derecho.

Como es evidente, el objeto de estudio, en la mayoría (por no decir todos) los ordenamientos jurídicos es el daño; el mismo que está ligado inexorablemente a su fin, el que es, casi siempre, una obligación de resarcimiento del causante al damnificado.

El método empleado, es común en todo ordenamiento y época, así se tiene primero a la calificación de acto generador de responsabilidad; luego, la producción del daño; después, a la correlación entre el comportamiento y el daño (nexo de causalidad), y por último, la sanción (punitiva, restitutoria, resarcitoria); pudiendo variar el orden. (Guido, 2016, p.54)

Empezamos mencionando, que Guido Alpa opta por desarrollar la responsabilidad civil, siempre teniendo en cuenta los diversos ordenamientos jurídicos y la concepción de los mismos; así, creemos pertinente compartir su entendimiento sistemático de la responsabilidad a través del método:

La sistematización de la responsabilidad civil, constituye la expresión de las premisas metodológicas de las que parte el intérprete para describir el objeto de su discurso y, a

su vez, el método –como resulta de los estudios sobre la materia- constituye la expresión de la cultura jurídica del intérprete, del ambiente cultural en el que vive de las finalidades prácticas que pretende realizar, etc. (2016, p.31)

Como podemos advertir, el análisis sistemático de la responsabilidad civil, dependiendo del sujeto o intérprete, llega a tener diferentes enfoques. Si bien, él realiza un análisis más amplio del entendimiento de la responsabilidad civil; nosotros, partiendo de los principales exponentes de nuestro ordenamiento jurídico, llegamos a la misma conclusión: los problemas de la responsabilidad civil registran los mismos contenidos en distintos ordenamientos, pues se abordan temas comunes; además, a pesar que los conceptos derivan de tradiciones culturales e influencias metajurídicas diferentes, se dirigen a una armonización a través de experiencias afines.

1.6.2.2.4. Concepción de la Indemnización

Al desglosar los aspectos fundamentales del Tercer Pleno Casatorio, nos topamos con la figura regulada en el artículo 345-A del Código Civil, cuyo nomen iuris es “Indemnización en caso de perjuicio”, se concluyó que la naturaleza jurídica de esta figura es de una obligación legal descartándose a todas luces que se trate de un supuesto de responsabilidad civil, cuyo enfoque ya fue planteado.

A raíz de esa diferenciación, la cual fue un ratio decidendi para resolver el caso, quedó taxativamente expresado como precedente vinculante en el punto 6 que la indemnización tiene carácter de obligación legal, por ello reiteramos la interrogante ¿existe una diferencia ontológica real entre indemnización y resarcimiento, o es un mero capricho doctrinario?

La razón por la cual nos referimos, en el punto precedente a la responsabilidad civil y no al término resarcimiento propiamente dicho es porque, para ciertos doctrinarios el uso de este término se vincula inmediatamente con la responsabilidad civil, situación que no debe de suceder con la indemnización, pues ella está destinada a situaciones ajenas a la de este instituto.

Explorando respecto a este asunto controversial, advertimos que los diversos artículos de investigación, e inclusive las tesis realizadas en nuestro país toman como referencia para establecer una clara diferencia entre el resarcimiento e indemnización al profesor Leysser León, ellos parten de un pie de página de una de sus obras o en su defecto de lo señalado en uno de sus manuales de responsabilidad Civil de la Academia de la Magistratura.

A razón de nuestra afirmación, y con el objetivo de generar sustento para el lector del presente trabajo, nos permitiremos citar dos ejemplares que hacen referencia a la distinción entre resarcimiento e indemnización:

En primer término, tenemos al artículo elaborado por Renzo Salvatore Monroy Pinto (2015, pp. 5-8), en este trabajo se vale de tres criterios diferenciadores de ambos términos o remedios como él los llama.

Menciona que, según su función, la indemnización sirve para eliminar o moderar el indebido incremento un patrimonio en daño de otro; mientras que el resarcimiento tiene una función de reconstitución del patrimonio lesionado y el restablecimiento del statu quo previo. Según un orden estructural, tiene fundamentos distintos pues la indemnización no es una reacción inmediata al daño, como si lo es el resarcimiento; tiene punto de origen distinto pues la indemnización u obligación resarcitoria tiene como origen a la norma, y el resarcimiento al hecho aquiliano; los criterios para su procedencia son distinto pues para uno es la equidad y

para el otro la imputación. Y por último según su orden consecucional, para determinar la suma de dinero, en la indemnización se prescinde de la adecuación del daño, mientras que en el resarcimiento derivan exclusivamente del daño; y en la indemnización solo cabe una compensación dineraria, mientras que en el resarcimiento puede también reintegrarse en forma específica.

Concluye citando, como lo anticipamos, al profesor Leysser León, pues este último realiza una diferenciación etimológica de los términos indemnización y resarcimiento, pero a partir de su equivalente en alemán e italiano; así, indemnización sería un valor más general pues abarca desplazamientos patrimoniales de diversos títulos, mientras que resarcimiento se ciñe solo al daño.

El segundo trabajo que tomamos como referente, es la tesis elaborada por Weyden García Rojas (2015, p.13) para optar el grado de magister con mención en Derecho Civil; él, para abordar la valoración del monto de resarcimiento en la responsabilidad civil parte de una contextualización de la responsabilidad civil, llegando a establecer una diferenciación entre indemnización y resarcimiento en nuestra legislación. Como sustento de dicha diferenciación, también cita al profesor León, y agrega que para determinar la suma en resarcimiento se usa un juicio de responsabilidad, situación que no sucede en casos de indemnización.

Pero, ¿porque llama tanto la atención de estos y otros autores, respecto a la diferenciación efectuada entre ambos términos?

Creemos pertinente plasmar en el presente trabajo la diferenciación que brinda en sus obras el profesor León, para que el lector, objetivamente, pueda arribar a nuestras mismas conclusiones.

En el manual de estudio, referido al tema de responsabilidad civil, de la Academia de la Magistratura; el profesor Leysser León (2016), brinda un espacio dedicado a la diferenciación entre resarcimiento e indemnización. Así, señala que:

En todas las experiencias jurídicas cercanas a la peruana, como la francesa, alemana e italiana, especialmente en el campo de la responsabilidad civil, existen diferencias conceptuales muy nítidas entre el “resarcimiento” (dommages-intérêts, Schadensersatz, risarcimento) y la “indemnización” (indennité, Entschädigung im Geld, indennizzo). (p.35)

Esto quiere decir que la diferencia entre ambas figuras jurídicas radica en una diferencia conceptual adoptada en diversos ordenamientos jurídicos extranjeros, partiendo desde la nomenclatura y su traducción.

Continua, señalando diferentes figuras jurídicas correspondientes a la indemnización como en la expropiación o en los esponsales; para concluir que en ninguno de estas figuras se puede identificar un antecedente de la obligación indemnizatoria o un evento de responsabilidad civil (incumplimiento de obligaciones o acto generador de responsabilidad extracontractual), además que no se sigue un juicio de responsabilidad civil, esto es, la valoración de los elementos de la misma.

En su libro titulado “La Responsabilidad Civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas”, al abordar el tema del daño resarcible, León (2007) hace un cuestionamiento a

hablar de resarcimiento o indemnización de daño moral, ahí realiza una atinencia de ambos términos señalando:

En castellano “indemnizar es sinónimo de “resarcir” (siempre según la 22. 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. Risarcimiento 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 injustificado, etc. (p.241)

Si bien, esta diferencia está sustentada primordialmente en su etimología; el profesor Guido Alpa (2016) realiza la misma distinción al tratar el ejercicio del derecho, así señala:

En algunos casos se dice que el daño es meramente económico, mas no jurídico; en otros se reconoce una indemnización (no un resarcimiento) a aquel que sufre el ejercicio del derecho; en estos casos, se habla de un acto ilícito dañoso. (p.438)

Por ende, las acepciones de los conceptos no estarán determinadas más que por el sujeto o intérprete que las emplee y por el contexto en el cual se encuentre.

1.6.2.2.5. La indemnización en nuestro ordenamiento jurídico

Si bien en nuestro sistema la indemnización no tiene un desarrollo doctrinario propio, como término, es usado indistintamente en diversas partes del Código Civil; sin embargo, distinguiéndolo de los supuestos de responsabilidad civil en estricto, existen figuras jurídicas

indemnizatorias resaltantes, las mismas que incluso son tomadas como referencia al hablar de la distinción entre resarcimiento e indemnización.

A. La expropiación

Respecto a esta primera figura jurídica, el artículo 928 del Código Civil hace una referencia concreta a normas especiales, pues menciona “La expropiación se rige por la legislación de la materia”.

Tal como lo define Torres Vásquez (2016), “la expropiación es la facultad reconocida por el Estado para privar de la propiedad de un bien cierto y determinado, previo pago de una indemnización justipreciada que incluya una indemnización por el eventual perjuicio.” (p. 364)

Como bien sabemos, la expropiación está reconocida en el artículo 70 de nuestra constitución, esta constituye una restricción al derecho a la propiedad por razones de seguridad nacional o necesidad pública, pero con la salvedad de otorgar una indemnización por un “eventual perjuicio”; existen, incluso, mecanismos para cuestionar el monto estimado como indemnización, a través de un proceso judicial, tal como se aprecia de la revisión de los artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, de la revisión de la normativa especial vigente (Decreto Legislativo 1192), en el artículo 4.12., al abordar la tasación, se menciona que esta es la valuación elaborada para determinar: el valor comercial del inmueble, y una indemnización por el eventual perjuicio que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y lucro cesante.

Debemos resaltar que en esta figura también se toma en consideración ambos tipos de daños patrimoniales; así también lo advierte Avendaño (2005) argumentando que “el justiprecio comprende, en consecuencia, no solo el valor del mismo del bien que podríamos llamar el daño emergente, sino también lucro cesante”. (p.946)

El fundamento de la denominada indemnización justipreciada se encuentra en el principio de compensación integral o de total indemnidad o equivalencia, por el cual el justiprecio debería compensar todos los perjuicios que ocasiona la privación del derecho de propiedad, de modo que se deje sin daño alguno. (Huapaya & Sánchez, 2016, p.107)

Como se observa, aunque la indemnización se otorga a manera de compensación por el perjuicio ocasionado a el derecho de propiedad de una persona, esta también es causada por un daño generado, que incluso normativamente no se limita al daño emergente, sino que acepta el lucro cesante.

B. Ruptura de la promesa matrimonial

Esta figura jurídica es tomada frecuentemente como argumento para evidenciar la diferencia entre ambos términos. Si bien la institución jurídica de esponsales puede ser entendida como el convenio de futuro matrimonio, es decir la promesa de matrimonio mutuamente aceptada para contraer acto matrimonial entre dos personas, la naturaleza jurídica de esta figura es ampliamente discutida, pues nos encontramos con diversas teorías como: la teoría del hecho, la teoría del contrato, la teoría del avant-contrato o antecontrato, la teoría de la responsabilidad, etc.

En ese sentido, la orientación de la indemnización por ruptura de esponsales, dependerá de la teoría a la cual se adscriba el intérprete de la norma; la cual está regulada en el artículo 240 del Código Civil que prescribe:

Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos. (...)

Entendiéndose, de esta norma, que, de establecer una promesa matrimonial, el que la incumpla deberá indemnizar al otro por los daños que se le causen.

Así, Mazzinghi (1999, p.239) adscribiéndose a la teoría de la responsabilidad plantea que, para cuantificar el alcance de la indemnización es necesario aplicar los criterios generales de la responsabilidad por hechos ilícitos, por ello no le cabe duda que se debe responder tanto por el daño emergente como el lucro cesante, e inclusive por daño moral si involucra una conducta dolosa.

Por otro lado, Vásquez (1998, p.152) partiendo de la premisa de que los esponsales carecen de todo efecto obligatorio destinado a la culminación del acto de matrimonio, pero que aun así tiene una configuración lícita; expresa que esta genera como consecuencia jurídica una responsabilidad que se concreta en la indemnización por daños y perjuicios que debe sufrir, o asumir, quien injustificadamente deja de cumplir la promesa matrimonial.

Si bien en el presente trabajo no pretendemos arribar a una conclusión de cuál de las teorías es la correcta respecto a esta figura jurídica; también, se advierte, que esta figura jurídica

(independiente mente de la teoría adoptada) tiene como objeto el daño (perjuicio) que se ocasiona a uno de los promitentes, otorgándose como consecuencia una reparación económica.

C. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Una tercera figura jurídica, según los defensores de la distinción de los términos, en la cual se puede encontrar un supuesto de indemnización es en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Independientemente de la discusión doctrinal de si el promitente, puede obligar a un tercero, ajeno, a realizar determinada prestación a favor del promisario; y, tomando en cuenta la postura adoptada en nuestra legislación de que esa obligación es una suerte de persuasión al tercero, garantizando el convencimiento con otra prestación (sustitutoria).

Para llegar a comentar acerca de esta figura jurídica creemos conveniente transcribir los artículos del Código Civil que la regulan en nuestro ordenamiento jurídico:

Artículo 1470º.- Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.

Artículo 1471º.- En cualquiera de los casos del Artículo 1470º, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.

Teniendo como punto de partida estos artículos, nos queda la incertidumbre de si en realidad estamos frente a una figura indemnizatoria; para poder entender a que se refieren con indemnización debemos profundizar un poco más en esta figura.

Existen dos posiciones doctrinarias, están los que sostienen que la indemnización que debe pagar el promitente es por daños y perjuicios, y los que señalan que en ningún momento se produjo algún tipo de daño. Respecto a la primera posición, los defensores también se dividen en dos planteamientos: los daños se producen como consecuencia del no cumplimiento con la ejecución de la prestación en que consiste la obligación asumida por el tercero; y que son daños que se producen como consecuencia del incumplimiento de la promesa. (Schreiber, 1987, p.290)

Los doctrinarios que defienden la posición de que la indemnización es diferente al resarcimiento, plantean que si se genera un daño por incumplimiento de cualquiera de las dos prestaciones. Sin embargo, sin ánimos de devaluar el trabajo de estos profesores, parece que omitieron lo regulado en el artículo 1471 del Código Civil, pues taxativamente nos señala que la “indemnización ahí señalada tiene carácter de prestación sustitutoria.

Al respecto, De la Puente (2011) es enfático al señalar que:

La expresión indemnizar ha sido indebidamente utilizada en el texto de la segunda parte del artículo 1470, pues mediante la prestación sustitutoria no se busca indemnizar al promisorio por la inejecución de la obligación principal de medios, sino simplemente reemplazar esa obligación (...) por una obligación accesoria o secundaria cuyo contenido es la prestación sustitutoria. (p.276)

En ese sentido, no hay cabida para hablar de daño alguno, pues el mismo legislador puso un límite a la interpretación de esta figura jurídica; en ese sentido se debe de considerar el término indemnización en su acepción coloquial y no jurídica.

La salvedad sería de hablar de indemnización de daños y perjuicios, como responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, en el caso de que el promitente de

manera negligente incumpla la obligación principal o la accesoria, obviamente como obligación propia y desvinculada de tercero alguno.

D. Reparación del cónyuge inocente

Sería innecesaria realizar de nuevo la distinción entre divorcio sanción y divorcio remedio efectuada al desarrollar lo concerniente al Tercer Pleno Casatorio Civil. Lo pertinente es recordar que la “indemnización” prevista en el artículo 345-A del Código Civil corresponde aplicarla a la separación de hecho que es una causal de divorcio-remedio; mientras que, ésta figura jurídica corresponde al divorcio-sanción.

La Reparación del cónyuge inocente está regulada en el artículo 351 del Código Civil, así se menciona que:

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.

Como era de esperarse, el divorcio genera efectos jurídicos, dentro de uno de estos se encuentra inmersa la “reparación” por el daño moral. La norma hace referencia al legítimo interés personal del cónyuge, al respecto, Vásquez (1998, p.453) señala que, si el cónyuge inocente ha resultado afectado en sus bienes extrapatrimoniales, como el honor, prestigio, consideración social, etc., a este le corresponde una suma de dinero a título de reparación moral.

Al tratarse de una reparación, esta se genera como consecuencia de un daño, en este caso la norma lo limita solo al daño moral, el mismo que es causado por el cónyuge culpable; entendiendo por este último a aquel que propicio el divorcio por una de las causales prevista.

Entonces, la suma de dinero que se otorga por el daño es el objeto de estudio de esta figura, la misma que tiene como fin su reparación a cargo del cónyuge culpable.

1.6.2.2.6. A manera de conclusión:

El uso de los términos y/o figuras jurídicas, y el remplazo de estas por sinónimos, sin escudriñar en la esencia de los mismos, puede llegar a ocasionar, como es el caso, una gran confusión.

Debemos tener siempre presente lo señalado por Guido Alpa (2016, p.18) cuando menciona que no se puede aplicar analogía para el periodo histórico y para los contenidos semánticos de los términos que hoy se emplean, pues no se pueden dar definiciones de los términos abstrayéndolas del tiempo y del espacio.

Es por esa razón que empezamos el análisis de la distinción de los términos resarcimiento e indemnización, a partir de un contexto histórico, yendo desde el Código de Hamurabi hasta el Código Napoleónico; pues es a partir de estos cuerpos normativos, que se construyeron los ordenamientos jurídicos vigentes, un claro ejemplo de ello es el ordenamiento italiano, del cual, por cierto, se inspira el nuestro.

En el desarrollo histórico advertimos que los términos indemnización y resarcimiento son usados indistintamente; entonces se podría pensar que a partir de la etimología se encontraría una real diferencia.

Al consultar el Diccionario de la Real Academia Española (2015) encontramos que, indemnizar significa: “resarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación

económica.”; y a su vez, resarcir significa: “indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio.”

De la misma manera de la revisión del Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas (2001b) se observa que la indemnización es entendida como:

Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista del culpable; y del que se ha recibido, enfocado desde la víctima; suma de cosa con que indemniza; en general, reparación de un mal; compensación; satisfacción de ofensa o agravio. (p. 348)

Por otro lado, según Cabanellas (2001e) el resarcimiento se entiende como: “Reparación de daño o mal; indemnización de daños o perjuicios; satisfacción de ofensa; compensación” (p.176)

En ese sentido, tal como lo admite Leysser León, etimológicamente la indemnización es un sinónimo de resarcimiento; no obstante, no queriendo asumir esa precipitada conclusión, partimos de la premisa de que ambas comparten la búsqueda o el objetivo fin de la reparación de un daño.

Los defensores de diferencia de ambos términos plantean que el resarcimiento es utilizado para referirse exclusivamente a la responsabilidad civil, mientras que la indemnización involucra figuras ajenas a este instituto.

Así, para desvirtuar esta afirmación tenemos que analizar la esencia de ambos términos, el resarcimiento a través de la institución de la responsabilidad civil; y la indemnización al no

ser una institución jurídica pues carece de una sistematización especial, a través de las figuras individuales más resaltantes que engloba. Por ello, recurrimos a la ontología jurídica, la misma que según Cabanellas (2001c) es “la parte de la Metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales, la Ontología jurídica será, en “jusfilosofía”, la parte de la Metafísica que trate de las propiedades trascendentales del Derecho” (p.676)

En consecuencia, se partió de la explicación de los elementos de una institución jurídica (sujeto, objeto, método, y fin), los mismos que fueron usados para el análisis, primero de cada una de las posturas de los más resaltantes doctrinarios de la Responsabilidad Civil, llegando a la conclusión que independientemente del sujeto que estudie esta institución, el objeto y el fin de estudio [inherentes entre si] siempre son las mismas; así el objeto de estudio de la responsabilidad civil será el daño, y el fin de estudio es la reparación del daño.

El método de estudio utilizado, a través del cual se concretaría el fin de estudio en la responsabilidad civil varía dependiendo del sujeto cognoscente (doctrinario) que lo estudia; si bien la variación no es sustancial, está referida a los elementos de la responsabilidad civil, los mismo que sirven para determinar quién asumirá la reparación de los daños causados.

Teniendo en claro ello, se analizaron las principales figuras jurídicas en las que se encontraba inmerso un supuesto de indemnización. En consecuencia, con el fin de dejar en claro lo descrito en cada uno de ellos, es pertinente mencionar los aspectos sustanciales de cada uno de ellos.

Uno de los principales referentes al querer diferenciar el resarcimiento de la indemnización es la figura de la expropiación, partiendo de la prerrogativa de que esta figura

está regulada constitucionalmente y que se prevé para ella una “indemnización justipreciada” por un eventual perjuicio. Siendo un poco más perspicaces podemos advertir que el eventual perjuicio está referido a un daño previsto producto del despojo de la propiedad a su dueño; entonces, aunque con un distinto enfoque o matiz, también está orientada al daño generado y tiene como finalidad su reparación, con la atinencia de que ambos ya fueron previstos.

Ahora bien, con la también muy mencionada figura de la ruptura de promesa matrimonial, también llamada ruptura de esponsales, independientemente de las teorías que existen en torno la naturaleza jurídica de los esponsales; la indemnización prevista por su ruptura, está enfocada a reparar los daños que genera tanto materiales como morales. En consecuencia, es incluso innecesario reiterar que su objeto de estudio es el daño ocasionado por la ruptura, y su fin de estudio es reparar ese daño.

Respecto a la tercera figura jurídica analizada se advierte una situación particular, pues dependiendo de la teoría que se adopte respecto a la promesa de obligación o de hecho de un tercero, cambiará el entendimiento del monto de dinero que se entregue como consecuencia de su incumplimiento. No obstante, a ello, y sin perjuicio de la teoría que se adopte, la “indemnización” ahí mencionada no se entiende como un supuesto distinto a lo ya antes mencionado; para mejor comprensión de esta figura, desarrollaremos ambos supuestos.

Si nos adherimos a la primera posición doctrinaria, estaríamos aceptando que la suma de dinero se entrega como consecuencia de daños que se generan ya sea por el no cumplimiento con la ejecución de la prestación en que consiste la obligación asumida por el tercero, o por incumplimiento de la promesa efectuada al promisario; por otro lado, si adoptamos la segunda

postura, nunca existió daño alguno y el monto entregado es como consecuencia de una prestación sustitutoria planteada desde el inicio del acuerdo.

Pues bien, podríamos doctrinariamente adoptar cualquiera de las posturas antes mencionadas, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se menciona expresamente que la indemnización debe ser entendida como una prestación sustitutoria, usándose así el término “indemnización” en su sentido coloquial y no jurídico; en consecuencia, no puede ser parte de una diferenciación respecto a un término jurídico como resarcimiento.

Sin perjuicio de lo que acabamos de mencionar, si en el peor de los casos hacemos caso omiso a la norma, y entendemos dicha indemnización de manera jurídica, esta se originaría a raíz de un daño generado por inexecución de obligaciones, siendo completamente un supuesto de responsabilidad civil.

Por último, del análisis de la figura de reparación al cónyuge inocente como producto del divorcio-sanción, ésta expresamente hace referencia a la reparación por daño moral producto de la disolución del vínculo matrimonial; en ese sentido, es evidente que el objeto de estudio de esta figura también es el daño y su finalidad es repararlo.

Entonces, observamos que los objetos y fines de estudio de ambos son el daño y su reparación, mientras que el método de estudio, es decir, la manera de determinar quién asume la reparación del daño generado es el único punto de variación.

No obstante, a el análisis efectuado, es importante abordar uno de los principales argumentos de los autores que defienden la diferencia entre ambos términos, este es el ejercicio

regular de un derecho al realizar un supuesto de indemnización, en contraposición de la responsabilidad civil que siempre observa la ilicitud o antijuricidad del hecho.

Con la finalidad de brindar mayor soporte a los argumentos que vertiremos, creemos pertinente citar, una vez más, a Guido Alpa (2016) quien menciona que “cada uno de los supuestos de hecho de la responsabilidad civil ha sido puesto en discusión y en la actualidad su coexistencia ya no es necesaria para un deber resarcitorio” (p.54), de esta manera hace referencia que cada uno de los elementos, dependiendo del supuesto en el que nos encontremos es prescindible.

Aunado a ello, queremos hacer mención a lo que se entiende por ilicitud o antijuricidad para los académicos en nuestro ordenamiento jurídico: Taboada (2013) señala que modernamente la antijuricidad:

(...) consiste en que una conducta es antijurídica no solo 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. (p.36)

A su vez, Espinoza (2007) señala que una conducta es antijurídica no solo cuando se contraviene una norma imperativa, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su conjunto, llegando a afectar los valores o principios del sistema jurídico, por lo tanto, es lo contrario a derecho. (p.105)

Por lo tanto, la antijuricidad no está referida solo a una norma prohibitiva, sino al sistema jurídico en general. Así, es de observar que en cada uno de los supuestos en los que

supuestamente encaja la indemnización como el otorgamiento de una suma de dinero, a raíz de la realización de un hecho lícito solo a manera de compensación, en realidad si se está realizando un hecho antijurídico.

Podríamos justificar esta postura empezando por el hecho de que al causar un daño a otra persona, se viola la prerrogativa general de no causar daño a nadie (*neminem laedere*); en esa línea de análisis, además podemos afirmar que en la expropiación en realidad se está afectando el derecho de propiedad del sujeto, en los esponsales se transgrede la buena fe en la que se funda la promesa de matrimonio; de igual manera en la indemnización al cónyuge más perjudicado se atenta contra la buena fe de uno de los cónyuges, pero no solo eso, se afecta la reputación e incluso el proyecto de vida, entendido como los proyectos a futuro en los cuales invirtió como parte del matrimonio, es decir existen daños extrapatrimoniales que, por ahora no están amparados en esta figura.

De esta manera, la diferencia "sustancial" entre ambas figuras de que una se hace en el ejercicio regular de un derecho y la otra se produce como consecuencia de actos ilícitos queda totalmente descartada; en ambas situaciones existe un hecho antijurídico, situación diferente es que el legislador haya previsto una consecuencia inmediata a dicho hecho, simplificando la reparación del daño.

Después de esta aclaración, es importante dejar en claro que no argumentamos que no exista diferencia **alguna** entre indemnización y resarcimiento, sino que no existe diferencia **ontológica** entre ambas figuras; por ello el uso indistinto de ambos términos es irrelevante pues dependerá de la figura jurídica en específico para determinar si se trata de un supuesto de

responsabilidad civil en estricto o si se aplican métodos de estudio diferentes para conseguir la reparación del daño.

Para consolidar lo mencionado hasta el momento, de manera didáctica, planteamos el siguiente ejemplo: Carla se graduó de la carrera de derecho hace dos años, sin embargo, su familia siempre fue de recursos económicos limitados, por ello, ella siempre ha buscado la manera de incrementar su patrimonio, así un día se le ocurre la idea de encontrar un hombre con mucho dinero y casarse con él para asegurar su futuro y tener más propiedades. Al ser Carla una mujer muy inteligente y hermosa, no tarda en encontrar y enamorar a Juan, miembro de una de las familias más acomodadas de Lima; por ello, para asegurarse de que luego no se arrepienta de casarse, ambos realizan una promesa matrimonial (esponsales). Sin embargo, por azares de la vida, Carla, faltando pocos meses para la boda, conoce a Roberto, quién si bien no tenía mucho dinero ni la vida resuelta como Juan, tenía algo irresistible para Carla, pues ella queda completamente enamorada; entonces, olvidándose de sus planes y ambiciones decide tener una vida junto a Roberto, resolviendo no casarse. Juan enterado de la situación y demasiado molesto, decide ir a darle un escarmiento a Roberto por interferir en sus planes matrimoniales con Carla; por ello, sube a su carro en búsqueda de Roberto. Carla, asustada por la situación, sube también a su automóvil y sigue a Juan para impedir que le haga daño a Roberto.

Entonces, Juan encuentra a Roberto, baja del auto y se dispone a cruzar la calle para enfrentarlo; Carla, quien llegó segundos después de él, observa la situación y entra en pánico, así en su intento por impedir que le pase algo a Roberto, atropella a Juan dejándolo gravemente herido. Como consecuencia de esta situación, Carla recibe dos demandas, la primera de responsabilidad extracontractual y la segunda por ruptura de promesa matrimonial. En ambas

figuras se observa un daño causado por Carla a Juan, y a su vez en ambas se busca la reparación del daño causado a través de un monto de dinero, suma que se determinará dentro de un proceso judicial; pero observándose que en esencia (ontológicamente) ambas figuras tienen el mismo objeto y persiguen el mismo fin de estudio

Para concluir, estamos convencidos que el precedente vinculante en el cual se hace mención a la naturaleza jurídica de obligación legal de la indemnización, aunque derive del análisis de la figura del artículo 345-A del Código Civil; esta está siendo entendida como una regla general para todos los supuestos distintos de la responsabilidad civil, motivo por el cual el análisis ontológico y la aclaración realizada en el presente trabajo es de suma importancia para dejar, al menos por el momento, zanjado el tema.

1.6.3. MARCO CONCEPTUAL:

La dirección de los conceptos que se emplearon, se desarrollarán a continuación, pero no sin antes mencionar que su utilidad consiste en el mejor entendimiento del proyecto de tesis. Para lo cual los conceptos serán detallados bajo el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas y el Diccionario de la Real Academia Española.

- **Esponsales:** “La promesa de casarse que se hacen el varón y la hembra con recíproca aceptación. (...) no son otra cosa más que la recíproca promesa de futuro matrimonio. (Cabanellas, 2001a, p. 557)
- **Indemnización:** “Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista del culpable.” (Cabanellas, 2001b, p.384)
- **Resarcimiento:** Reparación de daño o mal, indemnización de daños o perjuicios. (Cabanellas, 2001e, p. 176)

- **Reparación:** Arreglo de daño. (Cabanellas, 2001e, p.147)
- **Precedente:** Resolución anterior de un caso igual o bastante similar. (Cabanellas, 2001d, p.346)
- **Expropiación:** Desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio una indemnización prevista. . (Cabanellas, 2001a, p.645)
- **Daño:** En sentido amplio, toda suerte de mal, sea material o moral. (Cabanellas, 2001a, p.5)
- **Ontología:** Parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales. (DRAE, 2019)
- **Esencia:** Aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable en ellas. (DRAE, 2019)
- **Filosofía:** Conjunto de saberes que busca establecer, de manera racional, los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano. (DRAE, 2019)

1.7. HIPÓTESIS

1.7.1. Hipótesis general

- El Tercer Pleno Casatorio **ha motivado deficientemente** la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

1.7.2. Hipótesis específicas

- El fundamento N° 54 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.
- El fundamento N° 57 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.
- El fundamento N° 59 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.
- La Regla vinculante N° 06 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

1.7.3. VARIABLES

1.7.3.1. Variable independiente

Tercer Pleno Casatorio Civil

1.7.3.2. Variable dependiente

Indemnización y Resarcimiento

1.8. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	SUB-DIMENSIONES	INDICADORES
Tercer Pleno Casatorio Civil (Variable 1)	Fundamento N° 54	Carácter de obligación legal de la indemnización del artículo 345-A del Código Civil.	La tesis al mantener una NATURALEZA DOGMÁTICA JURÍDICA, es decir, de analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPIRICOS
	Fundamento N° 57	Naturaleza jurídica de obligación legal y no resarcitoria según Leysser León Hilario.	
	Fundamento N° 59	No concurrencia de los presupuestos de responsabilidad civil para establecer la indemnización.	
	Regla vinculante N° 06	La indemnización tiene carácter de obligación legal y su fundamento no es la responsabilidad civil.	
Resarcimiento e Indemnización (Variable 2)	Responsabilidad Civil	-----	
	Supuestos de Indemnización	-----	

La variable 2: “Resarcimiento e Indemnización” se ha correlacionado con las dimensiones del Tercer Pleno Casatorio Civil a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Variable 2 (Resarcimiento e Indemnización) + Dimensión 1 (Fundamento N° 54) de la variable 1 (Tercer Pleno Casatorio).
- **Segunda pregunta específica:** Variable 2 (Resarcimiento e Indemnización) + Dimensión 2 (Fundamento N° 57) de la variable 1 (Tercer Pleno Casatorio).
- **Tercera pregunta específica:** Variable 2 (Resarcimiento e Indemnización) + Dimensión 3 (Fundamento N° 59) de la variable 1 (Tercer Pleno Casatorio).
- **Cuarta pregunta específica:** Variable 2 (Resarcimiento e Indemnización) + Dimensión 4 (Regla Vinculante N° 06) de la variable 1 (Tercer Pleno Casatorio).

Y cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Variable 1 (Tercer Pleno Casatorio Civil) y la variable 2 (Resarcimiento e Indemnización), por ello es que la pregunta general de la presente tesis es:

- ¿De que manera se ha motivado el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado Peruano?

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Métodos generales

En la presente investigación utilizamos el método de la hermenéutica, la misma que nos permitirá a través de pasos sistematizados una interpretación de lo que se dice en la realidad, pues esta se afirma que tiene como objetivo la búsqueda de la autenticidad, esto en virtud de lo señalado por los maestros Gómez Adanero y Gómez García (2006) quienes aseveran que la hermenéutica: “(...) no rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)” (p. 203); en otras palabras, consideran que la investigación común, usada para otro tipo de investigaciones como son las de corte clásico empírico, no tiene cabida a través de la investigación hermenéutica, por ello se entiende que en este método no existe una disociación entre el objeto cognoscente y el sujeto cognoscente, sino por el contrario ambos van de la mano en el proceso de investigación, no obstante para que sea una investigación válida e intentar reducir las subjetividades que imperan, esta debe enfocarse en un determinado contexto.

A su vez, la hermenéutica busca la verdad pues “(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas) (...)” (Gómez & Gómez, 2006, p.201); esta situación obedece a la profunda correlación entre el sujeto

y objeto de estudio, pues en contraposición con lo que plantean los positivistas, en este método no se requieren comprobaciones empíricas en la investigación.

Ya que explicamos el método de manera general, ahora es necesario entenderlo en nuestra propia investigación, pues se usó la hermenéutica de manera que los investigadores o tesistas interpreten los textos contenidos en los dispositivos normativos (leyes, reglamentos, códigos, etc.), textos doctrinarios y jurisprudenciales respecto a el Tercer Pleno Casatorio Civil, indemnización y resarcimiento, todo ello inevitablemente relacionado con los aspectos subjetivos del propio investigador, pues a partir de sus vivencias sociales, emocionales y sobre todo filosóficas, académicas y profesionales se aportaron comentarios, reflexiones e interpretaciones establecidas en su propio contexto, con el objetivo de encontrar la verdad del tema de investigación.

2.1.2. Métodos específicos

Al estar inmersos en una investigación jurídica, y como en cualquiera de las disciplinas de las ciencias sociales, se empleó un método específico, que por la naturaleza de nuestra carrera profesional, este método es la hermenéutica jurídica; por consiguiente se usó en nuestra tesis la exégesis, pues este método consiste en buscar la voluntad del legislador que está plasmada en las normas que crea, debate y expide, en razón de que las disposiciones normativas recurrentemente con confusas, oscuras o ambiguas. (Miró-Quesada, 2003, 157).

Sin embargo, no siempre es suficiente la aplicación del método exegético, por ello también utilizamos el método sistemático-lógico con el objeto de buscar conceptos jurídicos que nos permitan esclarecer la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones normativas emitidas por el

legislador, búsqueda sistemática que se realizó en todo el ordenamiento jurídico. (Miró-Quesada, 2003, 157).

Así, ambos tipos de interpretaciones, la exegética y la sistemática-lógica, fueron aplicadas al analizar los artículos referidos a la indemnización y resarcimiento, tales como: 324-A, 351, 928, 1470, 1471 del Código Civil de 1984, para dilucidar la verdadera interpretación de los mismos.

2.2. TIPO INVESTIGACIÓN

La naturaleza de la investigación propone ser un tipo de investigación básica o fundamental (Carrasco, 2013, p. 49), en orden de que se contribuye en la doctrina y teoría jurídica respecto a la institución jurídica de la Responsabilidad Civil, y las figuras jurídicas de indemnización y resarcimiento.

Por consiguiente, se afirma que es básica pues al analizar a fondo los artículos concernientes a la indemnización mencionada en el apartado 4.1.2. e interpretar, profundizar respecto a los textos que hablan de Responsabilidad Civil, y examinar el precedente vinculante del Tercer pleno Casatorio Civil a través de sus fundamentos, se brinda un mayor entendimiento acerca de estas variables, pues no solo se hará mención de las características o elementos de cada una de ellas, sino que se brinda nuevos conocimiento tanto para los doctrinarios y cualquier interesado en el tema en cuestión, así como la contribución a la comunidad jurídica en general en orden de que sea un nuevo referente al abordar estos tópicos.

2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Asimismo, el nivel de investigación que se aplicó es correccional (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82), porque el tema de investigación se centra en puntualizar la relación entre los ratios decidendi del Tercer Pleno Casatorio con los elementos esenciales de las figuras jurídicas de indemnización y resarcimiento, a fin de poder dilucidar si la delimitación realizada de las figuras jurídicas es correcta.

Afirmamos que la investigación es correlacional, pues partiendo de las características y fundamentos de cada una de las variables, ambas fueron relacionadas para examinar su correspondencia con el objetivo de determinar si una de ellas guarda consistencia a futuro con la otra; en el supuesto de que no guarden relación, se aseveraría que su relación será negativa, caso contrario, de existir una relación entre ambas, se afirmaría que su influencia es a todas luces positiva.

2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de nuestra de investigación es del tipo observacional o también llamado no experimental, debido a que se no se llega a manipular ninguna de las variables de investigación, por el contrario, nos limitaremos a extraer las principales características de las instituciones y figuras jurídicas con el objeto de relacionarlas. (Sánchez, 2016, p. 109).

En otras palabras, al manifestar que no se van a manipular las variables, nos estamos refiriendo a que no se experimentarán con las características o elementos de una de las variables frente a la otra, o con algún instrumento, sino que únicamente se usarán las características y

elementos ya delimitados con la finalidad de examinar sus proyecciones y potencialidades en un futuro.

También afirmaremos que el diseño es transversal pues el análisis realizado fue a través de la recolección de datos en un solo periodo de tiempo (Sánchez, 2016, p. 109), en otras palabras, por medio de los instrumentos de recolección obtuvo la información más relevante respecto a la doctrina y jurisprudencia que sea de utilidad para nuestra investigación.

Entonces, siguiendo esa línea de argumentación, el diseño esquemático idóneo de acuerdo a Sánchez & Reyes (1998, p. 79) es de una investigación correlacional, la cual se esquematiza de la siguiente manera:

$$\begin{array}{cc} M_1 & O_x \\ r & r \\ M_2 & O_y \end{array}$$

Siendo M la representación de la muestra o donde se aplican los instrumentos de recolección de datos, entonces M son todos los libros respecto al Tercer Pleno Casatorio (M_1) y Resarcimiento e Indemnización (M_2), mientras que los O involucran la información relevante de lo que se pretende analizar, en otras palabras los O_x viene a ser todas las fichas textuales y de resumen que son importante con el objeto de tener una saturación sobre el Tercer Pleno Casatorio la cual se correlaciona con las características saturadas del O_y que engloba a toda la información saturada de la Indemnización y el Resarcimiento.

2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

El profesor Quezada argumenta que la población viene a ser un conjunto de elementos que contienen información respecto del objeto de estudio, la misma que puede comprender animales, personas, datos, fenómenos (2010, p. 95), asimismo afirma que la población: “(...) Representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” [el resaltado es nuestro] (2010, p. 95).

En nuestra investigación, como se utiliza un método general como la hermenéutica, un método específico como la hermenéutica jurídica, es congruente que la principal fuente de información para realizar una correcta interpretación y elaboración de un correcto marco teórico sean los libros y las leyes que versan sobre los plenos Casatorios civiles, indemnización y resarcimiento; y como afirma el profesor Quesada una población también es un conjunto de “datos” que poseen características comunes, por lo tanto esos datos también son considerados como información que se contemplan a través de conceptos, palabras, oraciones o frases que están en diferentes libros que poseen características comunes, y éstas últimas son obviamente: plenos casatorios, indemnización y resarcimiento.

Por lo tanto, la idea es encontrar una población de la siguiente forma:

Variable	Libro o artículo	Autor
Tercer Pleno Casatorio Civil	Apuntes sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil	Abanto, J.
	La indemnización en la separación de hecho	Alfaro, L.
	Jurisprudencia Vinculante Civil y Procesal Civil	Lama, H.
	La aplicación del III Pleno Casatorio Civil: La determinación o no de oficio de la responsabilidad civil o la indemnización para el cónyuge	Tantaleán R.
	La causal de separación de hecho en el Perú: Aplicaciones Jurisprudenciales pos Tercer Pleno Casatorio Civil.	Torres, M.

Indemnización y Resarcimiento	Estudio Preliminar de la Responsabilidad Extracontractual	Trazegnies, F.
	Derecho de la Responsabilidad Civil.	Espinoza, J.
	La Responsabilidad Civil Parte General	Guido, P.
	Derecho Romano	Herrera, D.
	Viendo más allá de la falsa sinonimia entre el “Resarcimiento” e “Indemnización”	Monroy, R.

Podemos dilucidar que estos libros básicos en prima facie nos permiten extraer información relevante a fin de realizar una búsqueda de análisis documental, la misma que nos posibilita la creación de un marco teórico sólido, por lo que son fuentes directas y no manuales en los que solo se encuentra información secundaria.

Por lo tanto, se obtuvo información a través de los instrumentos que son la ficha textual y la ficha de resumen, pues estos libros nos permitieron buscar mayor información con el objeto de conglomerar la información, en ese sentido se utilizó un muestreo por **bola de nieve (enfocada dentro de un muestro cualitativo)**, este consiste en que, se parte de una unidad donde exista información relevante para la tesis, el que posteriormente nos menciona donde encontrar otra unidad de análisis y a medida que se encuentra más de éstos datos, la información inicial que fue relevante, deja de serlo porque existe información que es repetitiva y se estaría saturando de lo mismo, por ello se puede afirmar que, si se encuentra más libros sobre la información en común que es el tópico, por consiguiente continuaremos colocando libros relevantes, de lo contrario se entenderá que **ya está saturado y que las siguientes informaciones son repetitivas y no son dignas de seguir colocando en el marco teórico.**

2.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.6.1. Técnicas de recolección de datos

La técnica utilizada fue el análisis documental que consiste en analizar los textos doctrinarios para obtener información que sea relevante para nuestra investigación. Se entiende como análisis documental a la operación base del conocimiento cognoscitivo que nos permite elaborar un documento principal a través de otras fuentes de información, tanto principales como secundarias, éstas actúan como instrumento de búsqueda entre el documento original y el sujeto que está en busca de cierta información para comprobar una determinada hipótesis. (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

2.6.2. Instrumentos de recolección de datos

En nuestra investigación los instrumentos idóneos a utilizar fueron las fichas textuales, de resumen y las bibliográficas a fin de recrear un marco teórico de acuerdo a las necesidades de la interpretación que demos de la realidad y de los textos.

2.7. PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Como se había adelantado, la recolección de información se realizó a través de las fichas, documentales: textuales, de resumen y bibliográficas, pero también se realizó un análisis de contenido o formalizado, en orden de que se pueda disminuir la subjetividad y en consecuencia la interpretación que muchas veces es arbitraria, por ello nos dirigiremos a analizar las propiedades exclusivas y más importantes de cada una de las variables para sistematizarla y formar un nuevo marco teórico sustentable, saturado y coherente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184)

De allí que se utiliza el siguiente esquema:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“.....

”

2.8. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

El procedimiento se realizó por medio de la argumentación jurídica en cuanto se trata de información documental, indudablemente existirán premisas y conclusiones, de las cuales se debe observar una serie de propiedades, la mismas que según Aranzamendi (2010, p. 112) debe ser: (a) Coherentemente lógico, basándose en premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonable, que a través de motivaciones suficientemente justificables se llega a conclusiones materiales y formales; (c) idóneo, las premisas deben tener y mantener una posición; y (d) Claro, que no lleve a un tipo de interpretación ambigua o que se preste a múltiples interpretaciones, sino que sea una información conclusiva entendible.

Por lo tanto, si todos los datos y el procesamiento de datos arrancan de diversos textos, afirmamos que la argumentación usada en la presente tesis es entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), teniendo como estructura a: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, las cuales permitieron a través de conexiones lógicas y principios lógicos argumentar para contratar las hipótesis planteadas.

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

Los resultados en relación a la hipótesis uno: “El fundamento N° 54 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; fueron los siguientes:

PRIMERO. -La Jurisprudencia, siendo una fuente del derecho, está conformada por los precedentes judiciales expedidos por los máximos órganos jurisdiccionales (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Registral, etc.); por ello, afirmamos que los precedentes judiciales consisten en la solución jurídica explicitada argumentativamente por el intérprete a partir de la unidad fáctico-jurídica del caso-precedente con el caso actual (Zaneti, 2015, pp. 428-431). No obstante, no todos los precedentes judiciales deben ser aplicados obligatoriamente por tribunales inferiores [vinculación vertical] o por el mismo tribunal a futuro [vinculación horizontal]; en el caso de los precedentes judiciales emitidos por la Corte Suprema, para que sean obligatorios (vinculantes), deben cumplirse con lo normado en el artículo 400 del Código Procesal Civil, que prescribe: “La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. (...)”. Por consiguiente, para que la Corte Suprema [en materia civil] emita un precedente judicial vinculante, es necesario que convoque a un Pleno Casatorio, y que la decisión sea adoptada por la mayoría absoluta de los asistentes.

SEGUNDO.- La doctrina concuerda que, los precedentes judiciales vinculantes se componen de dos elementos principales: (a) Obiter Dictum, y (b) Ratio Decidendi; ambos elementos, necesarios para la validez de la misma.

El Obiter Dictum son los fundamentos, razones o motivos complementarios de un precedente, es la parte de la resolución que ofrece reflexiones, acotaciones jurídicas; las mismas que si bien no son imprescindibles para fundamentar la decisión final, si son necesarias para contextualizar y entender el caso en concreto, y la doctrina entorno a ésta. En otras palabras, el obiter dictum está compuesto por razones pedagógicas y orientativas complementarias a la decisión.

La Ratio Decidendi, por otro lado, es el elemento principal e imprescindible para poder dar una solución al caso, y contiene, a su vez, las reglas que se considerarán vinculantes. Existen tres enfoques respecto a este elemento: el enfoque objetivo, enfoque subjetivo y mixto; en todos se entiende la Ratio Decidendi como una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto [resolución judicial] o implícita en este, pero la finalidad varía dependiendo del enfoque. En ese sentido, en el enfoque objetivo, la norma general solo está orientada a, conjuntamente con una premisa menor o subsuntiva, emitir la decisión del caso en concreto; mientras que, en el enfoque subjetivo la norma general está orientada a ser la prescripción jurídica fundamental para la decisión correcta del caso, y estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras; por último, como era de esperar, el enfoque mixto engloba la finalidad del enfoque objetivo y subjetivo.

Por lo tanto, la Ratio Decidendi, entendida desde un enfoque mixto [aceptado por motivos de la presente tesis], consiste en una norma general (regla, principio, y/o criterio) que puede encontrarse explícita o implícita en el texto del precedente-sentencia; cuya finalidad es: ser el modus ponens a partir del cual, junto con otras premisas, se derivará la decisión; ser la prescripción jurídica fundamental para la resolución del caso; y, estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras.

TERCERO.-El Tercer Pleno Casatorio Civil, contenido en la Casación N° 4664-2010 PUNO, se llevó a cabo (la vista de la causa) el 15 de diciembre del 2010 en virtud de la procedencia excepcional del recurso, pues fue motivada por los distintos y contradictorios criterios empleados para la resolución de casos relacionados con la separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho; y sobre todo, por la los enfoque contradictorios en torno a la indemnización (regulada en el artículo 345-A del Código Civil) otorgada como consecuencia de ésta. Así, el Pleno, al ser considerado un precedente judicial vinculante, contiene Ratio Decidendi, tanto implícitas como expresas.

CUARTO.- El **fundamento N° 54**, constituye una Ratio Decidendi implícita del Tercer Pleno Casatorio Civil, toda vez que, buscando concluir con la discusión doctrinaria, determina que la naturaleza jurídica de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado producto de la separación de hecho o divorcio por separación de hecho, regulada en el artículo 345-A del Código Civil, **es de obligación legal**. Por ello, se señala en este fundamento que el título que cimienta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley, y su FINALIDAD NO ES RESARCIR DAÑOS, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas.

QUINTO.- La naturaleza jurídica constituye la esencia de una figura o institución jurídica, es decir, la posición ontológica, por ello, la determinación de ésta permitirá entender el contenido esencial de la indemnización y el resarcimiento. El Tercer Pleno Casatorio desarrolla una evidente distinción entre la indemnización y resarcimiento tomando como punto de referencia su naturaleza jurídica, pues señalan que la indemnización tiene naturaleza jurídica de obligación legal, esto quiere decir que se origina como consecuencia de un imperativo normativo adecuado a la discrecionalidad del juez; desvinculándose por completo del carácter de la responsabilidad civil (el cual era aceptado por un sector importante de la doctrina).

SEXTO.- Las figuras e Instituciones Jurídicas están compuestas por tres elementos filosóficos esenciales: (a) el objeto de estudio, (b) métodos de estudio, (c) fin de estudio. El Objeto de estudio es entendido como el punto de referencia del cual se parte, que puede ser una cosa o una idea; a su vez, el método de estudio es entendido como el camino racional usado para llegar a un resultado deseado; mientras que, el fin de estudio está orientado a lo que se desea obtener, encontrar o producir; es decir, es el elemento encargado de anticipar lo que se tendrá de la suma entre el objeto y el método de estudio.

El contenido de los elementos filosóficos de una institución jurídica puede variar dependiendo del sujeto cognoscente; éste último es quien, a través de su actividad subjetiva, otorgará conceptos, conjeturas, características, o cualidades a los objetos de estudio, para, posteriormente, a través del método de estudio obtener la finalidad esperada.

SÉPTIMO.- El **resarcimiento**, al estar contenido en la institución jurídica de la Responsabilidad Civil, es estudiado por diversos doctrinarios (sujetos cognoscentes); entre ellos, los más resaltantes, Lizardo Taboada Córdova, Juan Espinoza Espinoza, Fernando de Trazegnies Granda, Leysser Luiggi León Hilario, y Piero Guido Alpa, coinciden que: (a) el objeto de estudio es el daño; y (b) el fin de estudio es la reparación del daño a cargo del responsable. Respecto al método de estudio, también coinciden en que son los elementos de la responsabilidad civil; sin embargo, disienten respecto a la cantidad de los mismos.

Por consiguiente, en el resarcimiento se busca la reparación del daño a cargo del responsable, el cual, es determinado a través de los elementos de la responsabilidad civil.

OCTAVO.- La **indemnización**, por otro lado, no está inmersa en una institución jurídica, por ello, es estudiada indistintamente en las figuras jurídicas que la regulan dentro del Código Civil, las más resaltantes son: la Expropiación, regulada en el artículo N° 928; la Ruptura de promesa matrimonial, regulada en el artículo N° 240; la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en el artículo N° 1470; y la Reparación del cónyuge inocente, regulada en el artículo N° 345-A. En cada una de estas figuras, se tiene como objeto de la indemnización, el daño causado, independientemente de las circunstancias especiales; y de igual manera, se tiene como finalidad, la reparación del daño causado, consignado con distintos términos como compensación, reparación, etc.

El método de estudio utilizado en la indemnización, es la imputación inmediata de la comisión de un daño al sujeto que cumple con el supuesto normativo previsto y delimitado en cada

una de las figuras jurídicas; por ello, solo se requiere la comprobación de la realización del hecho por parte del sujeto al cual se le imputa.

3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

Los resultados en relación a la hipótesis dos: “El fundamento N° 57 ha motivado deficientemente la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La Jurisprudencia, siendo una fuente del derecho, está conformada por los precedentes judiciales expedidos por los máximos órganos jurisdiccionales (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Registral, etc.); por ello, afirmamos que los precedentes judiciales consisten en la solución jurídica explicitada argumentativamente por el intérprete a partir de la unidad fáctico-jurídica del caso-precedente con el caso actual (Zaneti, 2015, pp. 428-431). No obstante, no todos los precedentes judiciales deben ser aplicados obligatoriamente por tribunales inferiores [vinculación vertical] o por el mismo tribunal a futuro [vinculación horizontal]; en el caso de los precedentes judiciales emitidos por la Corte Suprema, para que sean obligatorios (vinculantes), deben cumplirse con lo normado en el artículo 400 del Código Procesal Civil, que prescribe: “La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. (...)”. Por consiguiente, para que la Corte Suprema [en materia civil] emita un precedente judicial vinculante, es necesario que convoque a un Pleno Casatorio, y que la decisión sea adoptada por la mayoría absoluta de los asistentes.

SEGUNDO.- La doctrina concuerda que, los precedentes judiciales vinculantes se componen de dos elementos principales: (a) *Obiter Dictum*, y (b) *Ratio Decidendi*; ambos elementos, necesarios para la validez de la misma.

El *Obiter Dictum* son los fundamentos, razones o motivos complementarios de un precedente, es la parte de la resolución que ofrece reflexiones, acotaciones jurídicas; las mismas que si bien no son imprescindibles para fundamentar la decisión final, si son necesarias para contextualizar y entender el caso en concreto, y la doctrina entorno a ésta. En otras palabras, el *obiter dictum* está compuesto por razones pedagógicas y orientativas complementarias a la decisión.

La *Ratio Decidendi*, por otro lado, es el elemento principal e imprescindible para poder dar una solución al caso, y contiene, a su vez, las reglas que se considerarán vinculantes. Existen tres enfoques respecto a este elemento: el enfoque objetivo, enfoque subjetivo y mixto; en todos se entiende la *Ratio Decidendi* como una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto [resolución judicial] o implícita en este, pero la finalidad varía dependiendo del enfoque. En ese sentido, en el enfoque objetivo, la norma general solo está orientada a, conjuntamente con una premisa menor o subsuntiva, emitir la decisión del caso en concreto; mientras que, en el enfoque subjetivo la norma general está orientada a ser la prescripción jurídica fundamental para la decisión correcta del caso, y estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras; por último, como era de esperar, el enfoque mixto engloba la finalidad del enfoque objetivo y subjetivo.

Por lo tanto, la Ratio Decidendi, entendida desde un enfoque mixto [aceptado por motivos de la presente tesis], consiste en una norma general (regla, principio, y/o criterio) que puede encontrarse explícita o implícita en el texto del precedente-sentencia; cuya finalidad es: ser el modus ponens a partir del cual, junto con otras premisas, se derivará la decisión; ser la prescripción jurídica fundamental para la resolución del caso; y, estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras.

TERCERO.- El Tercer Pleno Casatorio Civil, contenido en la Casación N° 4664-2010 PUNO, se llevó a cabo (la vista de la causa) el 15 de diciembre del 2010 en virtud de la procedencia excepcional del recurso, pues fue motivada por los distintos y contradictorios criterios empleados para la resolución de casos relacionados con la separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho; y sobre todo, por la los enfoque contradictorios en torno a la indemnización (regulada en el artículo 345-A del Código Civil) otorgada como consecuencia de ésta. Así, el Pleno, al ser considerado un precedente judicial vinculante, contiene Ratio Decidendi, tanto implícitas como expresas.

CUARTO.- El **fundamento N° 57**, constituye una Ratio Decidendi implícita del Tercer Pleno Casatorio Civil, pues se toma como referencia para emitir la resolución el criterio expuesto por Leysser León Hilario; quien, en calidad de amicus curiae, señaló en la audiencia de la vista de la causa que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil NO TIENE NATURALEZA RESARCITORIA, y por lo tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extra contractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar.

QUINTO.- La naturaleza jurídica constituye la esencia de una figura o institución jurídica, es decir, la posición ontológica, por ello, la determinación de ésta permitirá entender el contenido esencial de la indemnización y el resarcimiento. El Tercer Pleno Casatorio desarrolla una evidente distinción entre la indemnización y resarcimiento tomando como punto de referencia su naturaleza jurídica, pues señalan que la indemnización tiene naturaleza jurídica de obligación legal, esto quiere decir que se origina como consecuencia de un imperativo normativo adecuado a la discrecionalidad del juez; desvinculándose por completo del carácter de la responsabilidad civil (el cual era aceptado por un sector importante de la doctrina).

SEXTO.- Las figuras e Instituciones Jurídicas están compuestas por tres elementos filosóficos esenciales: (a) el objeto de estudio, (b) métodos de estudio, (c) fin de estudio. El Objeto de estudio es entendido como el punto de referencia del cual se parte, que puede ser una cosa o una idea; a su vez, el método de estudio es entendido como el camino racional usado para llegar a un resultado deseado; mientras que, el fin de estudio está orientado a lo que se desea obtener, encontrar o producir; es decir, es el elemento encargado de anticipar lo que se tendrá de la suma entre el objeto y el método de estudio.

El contenido de los elementos filosóficos de una institución jurídica puede variar dependiendo del sujeto cognoscente; éste último es quien, a través de su actividad subjetiva, otorgará conceptos, conjeturas, características, o cualidades a los objetos de estudio, para, posteriormente, a través del método de estudio obtener la finalidad esperada.

SÉPTIMO.- El **resarcimiento**, al estar contenido en la institución jurídica de la Responsabilidad Civil, es estudiado por diversos doctrinarios (sujetos cognoscentes); entre ellos, los más resaltantes, Lizardo Taboada Córdova, Juan Espinoza Espinoza, Fernando de Trazegnies Granda, Leysser Luiggi León Hilario, y Piero Guido Alpa, coinciden que: (a) el objeto de estudio es el daño; y (b) el fin de estudio es la reparación del daño a cargo del responsable. Respecto al método de estudio, también coinciden en que son los elementos de la responsabilidad civil; sin embargo, disienten respecto a la cantidad de los mismos.

Por consiguiente, en el resarcimiento se busca la reparación del daño a cargo del responsable, el cual, es determinado a través de los elementos de la responsabilidad civil.

OCTAVO.- La **indemnización**, por otro lado, no está inmersa en una institución jurídica, por ello, es estudiada indistintamente en las figuras jurídicas que la regulan dentro del Código Civil, las más resaltantes son: la Expropiación, regulada en el artículo N° 928; la Ruptura de promesa matrimonial, regulada en el artículo N° 240; la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en el artículo N° 1470; y la Reparación del cónyuge inocente, regulada en el artículo N° 345-A. En cada una de estas figuras, se tiene como objeto de la indemnización, el daño causado, independientemente de las circunstancias especiales; y de igual manera, se tiene como finalidad, la reparación del daño causado, consignado con distintos términos como compensación, reparación, etc.

El método de estudio utilizado en la indemnización, es la imputación inmediata de la comisión de un daño al sujeto que cumple con el supuesto normativo previsto y delimitado en cada

una de las figuras jurídicas; por ello, solo se requiere la comprobación de la realización del hecho por parte del sujeto al cual se le imputa.

3.3. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS TRES

Los resultados en relación a la hipótesis tres: “El fundamento N° 59 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La Jurisprudencia, siendo una fuente del derecho, está conformada por los precedentes judiciales expedidos por los máximos órganos jurisdiccionales (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Registral, etc.); por ello, afirmamos que los precedentes judiciales consisten en la solución jurídica explicitada argumentativamente por el intérprete a partir de la unidad fáctico-jurídica del caso-precedente con el caso actual (Zaneti, 2015, pp. 428-431). No obstante, no todos los precedentes judiciales deben ser aplicados obligatoriamente por tribunales inferiores [vinculación vertical] o por el mismo tribunal a futuro [vinculación horizontal]; en el caso de los precedentes judiciales emitidos por la Corte Suprema, para que sean obligatorios (vinculantes), deben cumplirse con lo normado en el artículo 400 del Código Procesal Civil, que prescribe: “La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. (...)”. Por consiguiente, para que la Corte Suprema [en materia civil] emita un precedente judicial vinculante, es necesario que convoque a un Pleno Casatorio, y que la decisión sea adoptada por la mayoría absoluta de los asistentes.

SEGUNDO.- La doctrina concuerda que, los precedentes judiciales vinculantes se componen de dos elementos principales: (a) *Obiter Dictum*, y (b) *Ratio Decidendi*; ambos elementos, necesarios para la validez de la misma.

El *Obiter Dictum* son los fundamentos, razones o motivos complementarios de un precedente, es la parte de la resolución que ofrece reflexiones, acotaciones jurídicas; las mismas que si bien no son imprescindibles para fundamentar la decisión final, si son necesarias para contextualizar y entender el caso en concreto, y la doctrina entorno a ésta. En otras palabras, el *obiter dictum* está compuesto por razones pedagógicas y orientativas complementarias a la decisión.

La *Ratio Decidendi*, por otro lado, es el elemento principal e imprescindible para poder dar una solución al caso, y contiene, a su vez, las reglas que se considerarán vinculantes. Existen tres enfoques respecto a este elemento: el enfoque objetivo, enfoque subjetivo y mixto; en todos se entiende la *Ratio Decidendi* como una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto [resolución judicial] o implícita en este, pero la finalidad varía dependiendo del enfoque. En ese sentido, en el enfoque objetivo, la norma general solo está orientada a, conjuntamente con una premisa menor o subsuntiva, emitir la decisión del caso en concreto; mientras que, en el enfoque subjetivo la norma general está orientada a ser la prescripción jurídica fundamental para la decisión correcta del caso, y estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras; por último, como era de esperar, el enfoque mixto engloba la finalidad del enfoque objetivo y subjetivo.

Por lo tanto, la Ratio Decidendi, entendida desde un enfoque mixto [aceptado por motivos de la presente tesis], consiste en una norma general (regla, principio, y/o criterio) que puede encontrarse explícita o implícita en el texto del precedente-sentencia; cuya finalidad es: ser el modus ponens a partir del cual, junto con otras premisas, se derivará la decisión; ser la prescripción jurídica fundamental para la resolución del caso; y, estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras.

TERCERO.- El Tercer Pleno Casatorio Civil, contenido en la Casación N° 4664-2010 PUNO, se llevó a cabo (la vista de la causa) el 15 de diciembre del 2010 en virtud de la procedencia excepcional del recurso, pues fue motivada por los distintos y contradictorios criterios empleados para la resolución de casos relacionados con la separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho; y sobre todo, por la los enfoque contradictorios en torno a la indemnización (regulada en el artículo 345-A del Código Civil) otorgada como consecuencia de ésta. Así, el Pleno, al ser considerado un precedente judicial vinculante, contiene Ratio Decidendi, tanto implícitas como expresas.

CUARTO.- El **fundamento N° 59**, constituye una Ratio Decidendi implícita del Tercer Pleno Casatorio Civil, pues en esta se indica que para establecer la indemnización a favor del cónyuge perjudicado regulada en el artículo 345-A del Código Civil, no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la Responsabilidad Civil; es decir, para otorgar una suma de dinero a favor del cónyuge perjudicado producto de una superación de cuerpos o divorcio por causal de separación de hecho, no es necesario tomar en cuenta los elementos de la Responsabilidad Civil.

QUINTO.- La naturaleza jurídica constituye la esencia de una figura o institución jurídica, es decir, la posición ontológica, por ello, la determinación de ésta permitirá entender el contenido esencial de la indemnización y el resarcimiento. El Tercer Pleno Casatorio desarrolla una evidente distinción entre la indemnización y resarcimiento tomando como punto de referencia su naturaleza jurídica, pues señalan que la indemnización tiene naturaleza jurídica de obligación legal, esto quiere decir que se origina como consecuencia de un imperativo normativo adecuado a la discrecionalidad del juez; desvinculándose por completo del carácter de la responsabilidad civil (el cual era aceptado por un sector importante de la doctrina).

SEXTO.- Las figuras e Instituciones Jurídicas están compuestas por tres elementos filosóficos esenciales: (a) el objeto de estudio, (b) métodos de estudio, (c) fin de estudio. El Objeto de estudio es entendido como el punto de referencia del cual se parte, que puede ser una cosa o una idea; a su vez, el método de estudio es entendido como el camino racional usado para llegar a un resultado deseado; mientras que, el fin de estudio está orientado a lo que se desea obtener, encontrar o producir; es decir, es el elemento encargado de anticipar lo que se tendrá de la suma entre el objeto y el método de estudio.

El contenido de los elementos filosóficos de una institución jurídica puede variar dependiendo del sujeto cognoscente; éste último es quien, a través de su actividad subjetiva, otorgará conceptos, conjeturas, características, o cualidades a los objetos de estudio, para, posteriormente, a través del método de estudio obtener la finalidad esperada.

SÉPTIMO.- El **resarcimiento**, al estar contenido en la institución jurídica de la Responsabilidad Civil, es estudiado por diversos doctrinarios (sujetos cognoscentes); entre ellos, los más resaltantes, Lizardo Taboada Córdova, Juan Espinoza Espinoza, Fernando de Trazegnies Granda, Leysser Luiggi León Hilario, y Piero Guido Alpa, coinciden que: (a) el objeto de estudio es el daño; y (b) el fin de estudio es la reparación del daño a cargo del responsable. Respecto al método de estudio, también coinciden en que son los elementos de la responsabilidad civil; sin embargo, disienten respecto a la cantidad de los mismos.

Por consiguiente, en el resarcimiento se busca la reparación del daño a cargo del responsable, el cual, es determinado a través de los elementos de la responsabilidad civil.

OCTAVO.- La **indemnización**, por otro lado, no está inmersa en una institución jurídica, por ello, es estudiada indistintamente en las figuras jurídicas que la regulan dentro del Código Civil, las más resaltantes son: la Expropiación, regulada en el artículo N° 928; la Ruptura de promesa matrimonial, regulada en el artículo N° 240; la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en el artículo N° 1470; y la Reparación del cónyuge inocente, regulada en el artículo N° 345-A. En cada una de estas figuras, se tiene como objeto de la indemnización, el daño causado, independientemente de las circunstancias especiales; y de igual manera, se tiene como finalidad, la reparación del daño causado, consignado con distintos términos como compensación, reparación, etc.

El método de estudio utilizado en la indemnización, es la imputación inmediata de la comisión de un daño al sujeto que cumple con el supuesto normativo previsto y delimitado en cada

una de las figuras jurídicas; por ello, solo se requiere la comprobación de la realización del hecho por parte del sujeto al cual se le imputa.

3.4. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS CUATRO

Los resultados en relación a la hipótesis cuatro: “La Regla Vinculante N° 06 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La Jurisprudencia, siendo una fuente del derecho, está conformada por los precedentes judiciales expedidos por los máximos órganos jurisdiccionales (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Registral, etc.); por ello, afirmamos que los precedentes judiciales consisten en la solución jurídica explicitada argumentativamente por el intérprete a partir de la unidad fáctico-jurídica del caso-precedente con el caso actual (Zaneti, 2015, pp. 428-431). No obstante, no todos los precedentes judiciales deben ser aplicados obligatoriamente por tribunales inferiores [vinculación vertical] o por el mismo tribunal a futuro [vinculación horizontal]; en el caso de los precedentes judiciales emitidos por la Corte Suprema, para que sean obligatorios (vinculantes), deben cumplirse con lo normado en el artículo 400 del Código Procesal Civil, que prescribe: “La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. (...)”. Por consiguiente, para que la Corte Suprema [en materia civil] emita un precedente judicial vinculante, es necesario que convoque a un Pleno Casatorio, y que la decisión sea adoptada por la mayoría absoluta de los asistentes.

SEGUNDO.- La doctrina concuerda que, los precedentes judiciales vinculantes se componen de dos elementos principales: (a) *Obiter Dictum*, y (b) *Ratio Decidendi*; ambos elementos, necesarios para la validez de la misma.

El *Obiter Dictum* son los fundamentos, razones o motivos complementarios de un precedente, es la parte de la resolución que ofrece reflexiones, acotaciones jurídicas; las mismas que si bien no son imprescindibles para fundamentar la decisión final, si son necesarias para contextualizar y entender el caso en concreto, y la doctrina entorno a ésta. En otras palabras, el *obiter dictum* está compuesto por razones pedagógicas y orientativas complementarias a la decisión.

La *Ratio Decidendi*, por otro lado, es el elemento principal e imprescindible para poder dar una solución al caso, y contiene, a su vez, las reglas que se considerarán vinculantes. Existen tres enfoques respecto a este elemento: el enfoque objetivo, enfoque subjetivo y mixto; en todos se entiende la *Ratio Decidendi* como una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto [resolución judicial] o implícita en este, pero la finalidad varía dependiendo del enfoque. En ese sentido, en el enfoque objetivo, la norma general solo está orientada a, conjuntamente con una premisa menor o subsuntiva, emitir la decisión del caso en concreto; mientras que, en el enfoque subjetivo la norma general está orientada a ser la prescripción jurídica fundamental para la decisión correcta del caso, y estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras; por último, como era de esperar, el enfoque mixto engloba la finalidad del enfoque objetivo y subjetivo.

Por lo tanto, la Ratio Decidendi, entendida desde un enfoque mixto [aceptado por motivos de la presente tesis], consiste en una norma general (regla, principio, y/o criterio) que puede encontrarse explícita o implícita en el texto del precedente-sentencia; cuya finalidad es: ser el modus ponens a partir del cual, junto con otras premisas, se derivará la decisión; ser la prescripción jurídica fundamental para la resolución del caso; y, estar revestida de valor vinculante para decisiones futuras.

TERCERO.- El Tercer Pleno Casatorio Civil, contenido en la Casación N° 4664-2010 PUNO, se llevó a cabo (la vista de la causa) el 15 de diciembre del 2010 en virtud de la procedencia excepcional del recurso, pues fue motivada por los distintos y contradictorios criterios empleados para la resolución de casos relacionados con la separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho; y sobre todo, por la los enfoque contradictorios en torno a la indemnización (regulada en el artículo 345-A del Código Civil) otorgada como consecuencia de ésta. Así, el Pleno, al ser considerado un precedente judicial vinculante, contiene Ratio Decidendi, tanto implícitas como expresas.

CUARTO.- La **regla vinculante N° 06**, constituye una Ratio Decidendi expresa del Tercer Pleno Casatorio Civil, pues señala: “La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.” De la cual se pueden extraer dos preceptos principales: (a) La indemnización

tiene naturaleza de OBLIGACIÓN LEGAL; y (b) El fundamento de la indemnización NO ES la responsabilidad civil.

QUINTO.- La naturaleza jurídica constituye la esencia de una figura o institución jurídica, es decir, la posición ontológica, por ello, la determinación de ésta permitirá entender el contenido esencial de la indemnización y el resarcimiento. El Tercer Pleno Casatorio desarrolla una evidente distinción entre la indemnización y resarcimiento tomando como punto de referencia su naturaleza jurídica, pues señalan que la indemnización tiene naturaleza jurídica de obligación legal, esto quiere decir que se origina como consecuencia de un imperativo normativo adecuado a la discrecionalidad del juez; desvinculándose por completo del carácter de la responsabilidad civil (el cual era aceptado por un sector importante de la doctrina).

SEXTO.- Las figuras e Instituciones Jurídicas están compuestas por tres elementos filosóficos esenciales: (a) el objeto de estudio, (b) métodos de estudio, (c) fin de estudio. El Objeto de estudio es entendido como el punto de referencia del cual se parte, que puede ser una cosa o una idea; a su vez, el método de estudio es entendido como el camino racional usado para llegar a un resultado deseado; mientras que, el fin de estudio está orientado a lo que se desea obtener, encontrar o producir; es decir, es el elemento encargado de anticipar lo que se tendrá de la suma entre el objeto y el método de estudio.

El contenido de los elementos filosóficos de una institución jurídica puede variar dependiendo del sujeto cognoscente; éste último es quien, a través de su actividad subjetiva,

otorgará conceptos, conjeturas, características, o cualidades a los objetos de estudio, para, posteriormente, a través del método de estudio obtener la finalidad esperada.

SÉPTIMO.- El **resarcimiento**, al estar contenido en la institución jurídica de la Responsabilidad Civil, es estudiado por diversos doctrinarios (sujetos cognoscentes); entre ellos, los más resaltantes, Lizardo Taboada Córdova, Juan Espinoza Espinoza, Fernando de Trazegnies Granda, Leysser Luiggi León Hilario, y Piero Guido Alpa, coinciden que: (a) el objeto de estudio es el daño; y (b) el fin de estudio es la reparación del daño a cargo del responsable. Respecto al método de estudio, también coinciden en que son los elementos de la responsabilidad civil; sin embargo, disienten respecto a la cantidad de los mismos.

Por consiguiente, en el resarcimiento se busca la reparación del daño a cargo del responsable, el cual, es determinado a través de los elementos de la responsabilidad civil.

OCTAVO.- La **indemnización**, por otro lado, no está inmersa en una institución jurídica, por ello, es estudiada indistintamente en las figuras jurídicas que la regulan dentro del Código Civil, las más resaltantes son: la Expropiación, regulada en el artículo N° 928; la Ruptura de promesa matrimonial, regulada en el artículo N° 240; la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en el artículo N° 1470; y la Reparación del cónyuge inocente, regulada en el artículo N° 345-A. En cada una de estas figuras, se tiene como objeto de la indemnización, el daño causado, independientemente de las circunstancias especiales; y de igual manera, se tiene como finalidad, la reparación del daño causado, consignado con distintos términos como compensación, reparación, etc.

El método de estudio utilizado en la indemnización, es la imputación inmediata de la comisión de un daño al sujeto que cumple con el supuesto normativo previsto y delimitado en cada una de las figuras jurídicas; por ello, solo se requiere la comprobación de la realización del hecho por parte del sujeto al cual se le imputa.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La discusión respecto a la hipótesis uno que es: “El fundamento N° 54 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- Como ya se ha mencionado el fundamento N° 54 del Tercer Pleno Casatorio Civil, establece como ratio decidendi implícita que la naturaleza jurídica de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado producto del divorcio por causal de separación de hecho, es de **obligación legal**, por consiguiente, su **finalidad no es resarcir daños**, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas. En otras palabras, la indemnización no se enfoca en un daño causado, sino en un mandato imperativo establecido por ley.

Debe de precisarse que, la finalidad de “corregir y equilibrar desigualdades económicas” asignada a la indemnización a favor del cónyuge perjudicado, esta fundamentada tanto de manera contradictoria como insuficiente, pues, como se evidenció en los resultados, parte descartando el daño como objeto del mismo, pero posteriormente se señala que su aplicación [de la indemnización] presupone algunos elementos de convicción del “perjuicio”. Es de advertir que el término empleado (perjuicio) no puede de ninguna manera desvincularse de un daño ocasionado, pues tal como menciona Cabanellas (2001d, p.213) en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual significa: lesión moral, mal, daño en los intereses patrimoniales, detrimento, pérdida, etc.

SEGUNDO.- Las ratio decidendi, al ser precedentes vinculantes, son de observancia obligatoria de manera horizontal, es decir para el mismo tribunal; y de manera vertical, respecto a los tribunales inferiores. Por ello, al establecer como naturaleza jurídica de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado, le están otorgando la calidad de un imperativo normativo, el mismo que (como es evidente) está lleno de subjetividades por parte del juez, pues a partir de su criterio discrecional será el encargado de determinar si se configura el hecho previsto y asignar una suma dineraria. Siendo entonces evidente que, se busca simplemente, la aplicación estricta de la norma imperativa, siendo indiferente a la situación que motivó o impulsó su creación.

TERCERO.- Se ha establecido que la naturaleza jurídica de una institución o figura jurídica constituye el enfoque ontológico de la misma; por ello, para determinar la esencia tanto de la indemnización, como del resarcimiento, se analizaron los siguientes elementos ontológicos de cada uno: el objeto de estudio, el fin de estudio, y el método de estudio.

En ese sentido se obtuvo como resultado que el **resarcimiento** tiene como objeto de estudio al daño, y como fin de estudio la reparación de ese daño a cargo del responsable; teniendo como método de estudio para alcanzar la finalidad a los elementos de la responsabilidad civil. Asimismo, del análisis de la figura jurídica de la **indemnización** se obtuvo como resultado que, su objeto de estudio es, también, el daño causado, y a su vez, el fin de estudio la reparación del daño causado; teniendo como método de estudio para alcanzar el fin antes mencionando a la comprobación de la subsunción del hecho acontecido a la conducta prevista en el dispositivo normativo.

Entonces, el objeto de estudio tanto de la indemnización como del resarcimiento es el mismo, este es: EL DAÑO; de igual manera, el fin de estudio (que debe estar intrínsecamente relacionada con el objeto) de ambos es la REPARACIÓN DEL DAÑO; siendo el único elemento diferenciador el método de estudio. Este último, es entendido como el camino racional empleado para obtener el fin deseado, por lo mismo, a diferencia del objeto o el fin de estudio, no es esencial al momento de determinar la naturaleza jurídica de una figura o institución jurídica; por consiguiente, se evidencia que el contenido ontológico de la indemnización y del resarcimiento es el mismo.

Por lo tanto, la hipótesis antes formulada “El fundamento N° 54 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”, se CONFIRMA, porque partiendo del análisis de las diferentes posiciones e interpretaciones por parte de los más reconocidos estudiosos del tema (sujetos cognoscentes), se evidencia que no hay diferencia alguna entre la naturaleza jurídica de la indemnización y del resarcimiento; esto implica que la designación de naturaleza jurídica de obligación legal por parte del Tercer Pleno Casatorio Civil a la indemnización producto del divorcio por causal de separación de hecho, no tiene un sustento ontológico sólido y ,en consecuencia, deviene en deficiente, sobre todo si se tiene en consideración que la finalidad de corregir y equilibrar las desigualdades económicas no puede apartarse del perjuicio generado a uno de los cónyuges, el mismo que esta inevitablemente vinculado a la producción de un daño.

4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

La discusión respecto a la hipótesis dos que es: “El fundamento N° 57 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.-El fundamento N° 57 del Tercero Pleno Casatorio Civil, establece una ratio decidendi implícita basada en el criterio expuesto por el Amicus Curiae Leysser León Hilario; él expresó en la audiencia de vista de la causa que la indemnización otorgada como consecuencia del divorcio por separación de hecho, **no tiene naturaleza resarcitoria**, y por lo mismo, no puede equipararse a un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino, señala que es una obligación legal basada en la solidaridad familia.

SEGUNDO.- Las ratio decidendi, al ser precedentes vinculantes, son de observancia obligatoria de manera horizontal, es decir para el mismo tribunal; y de manera vertical, respecto a los tribunales inferiores; por ello, éstos deben estar basados en argumentos sólidos que permitan respaldar y corroborar lo establecido. En ese sentido, el profesor Leysser León Hilario, si bien es un reconocido doctrinario, sobre todo en temas de Responsabilidad Civil, no brinda una explicación idónea del por qué la indemnización tiene una naturaleza jurídica de obligación legal.

Siendo un poco incisivos en la distinción brinda por el profesor León, se advirtió que él en sus obras parte de una diferenciación etimológica de ambas figuras jurídicas, ello a razón de que ambos términos (como la mayoría en nuestro ordenamiento jurídico) son importados de otros

ordenamientos jurídicos, concluyendo que la indemnización es de valor más general pues abarca temas y hechos diversos, mientras que el resarcimiento se limita a la responsabilidad por daños.

TERCERO.- Se ha establecido que la naturaleza jurídica de una institución o figura jurídica constituye el enfoque ontológico de la misma; por ello, para determinar la esencia tanto de la indemnización, como del resarcimiento, se analizaron los siguientes elementos ontológicos de cada uno: el objeto de estudio, el fin de estudio, y el método de estudio.

En ese sentido se obtuvo como resultado que el **resarcimiento** tiene como objeto de estudio al daño, y como fin de estudio la reparación de ese daño a cargo del responsable; teniendo como método de estudio para alcanzar la finalidad a los elementos de la responsabilidad civil. Asimismo, del análisis de la figura jurídica de la **indemnización** se obtuvo como resultado que, su objeto de estudio es, también, el daño causado, y a su vez, el fin de estudio la reparación del daño causado; teniendo como método de estudio para alcanzar el fin antes mencionando a la comprobación de la subsunción del hecho acontecido a la conducta prevista en el dispositivo normativo.

Entonces, la diferenciación establecida por el profesor Leysser León puede catalogarse como de género a especie; sin embargo, al contrario de generar una distinción respecto a su naturaleza jurídica, debería rechazarla, pues una distinción etimológica no es un argumento válido para que señalar que la indemnización y el resarcimiento son ontológicamente distintos.

Por lo tanto, si bien no se puede desmerecer la calidad de académica del amicus curiae del Tercer Pleno Casatorio, no compartimos los argumentos brindados por el profesor León para

establecer una diferente naturaleza ontológica entre indemnización y resarcimiento; sobre todo si después de analizar ontológicamente ambas figuras se concluyó que el objeto de estudio de ambas es el DAÑO, y de igual manera, su fin de estudio es la REPARACIÓN de ese DAÑO. En esa línea de análisis, la hipótesis antes formulada “El fundamento N° 57 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”, se CONFIRMA, pues los magistrados del Tercer Pleno Casatorio Civil, debieron asumir una postura distinta a la brindada por el profesor León, en orden de una deficiencia en los fundamentos esgrimidos que se limitan a una distinción etimológica.

4.3. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS TRES

La discusión respecto a la hipótesis tres que es: “El fundamento N° 59 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- Como se ha señalado, el fundamento N° 59 del Tercer Pleno Casatorio Civil es una ratio decidendi implícita, en la cual se señala que, para establecer si corresponde o no otorgar una suma dineraria producto de la indemnización al cónyuge más perjudicado con el divorcio por separación de hecho **no se requiere** la concurrencia de los presupuestos (elementos) de la responsabilidad civil.

Como es conocido, en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina mayoritaria emplea cuatro elementos de la responsabilidad civil para determinar que sujeto debe responder o asumir un daño, estos son: (a) daño, (b) antijuricidad, (c) factor de atribución, y (d) nexo de causalidad; entonces,

por medio del fundamento N° 59, se determina que en ningún caso se podrán analizar estos elementos para estipular si uno de los cónyuges debe de entregar una suma de dinero a favor del otro, sino que, a falta de presupuestos establecidos corresponde al Juez, en base a su criterio discrecional, esta tarea. No obstante, no se brinda ningún fundamento filosófico u ontológico que justifique la inaplicación de los elementos de la responsabilidad civil, e incluso, de manera contradictoria, se afirma (en este y otros fundamentos) que se requiere la concurrencia de uno u otro elemento, como por ejemplo la relación de causalidad (nexo causal) para determinar que el daño a indemnizar es consecuencia directa de la separación o el divorcio.

SEGUNDO.- Las ratio decidendi, al ser precedentes vinculantes, son de observancia obligatoria de manera horizontal, es decir para el mismo tribunal; y de manera vertical, respecto a los tribunales inferiores. En ese sentido, la inaplicación de los elementos de la responsabilidad civil al determinar la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado, obedece a la naturaleza jurídica asignada a esta figura, pues por medio del Tercer Pleno Casatorio Civil se descartó la posibilidad de aceptar el carácter de responsabilidad civil extracontractual como naturaleza, estableciéndose en su lugar, el de obligación legal.

TERCERO.- Se ha establecido que la naturaleza jurídica de una institución o figura jurídica constituye el enfoque ontológico de la misma; por ello, para determinar la esencia tanto de la indemnización, como del resarcimiento, se analizaron los siguientes elementos ontológicos de cada uno: el objeto de estudio, el fin de estudio, y el método de estudio.

En ese sentido se obtuvo como resultado que el **resarcimiento** tiene como objeto de estudio al daño, y como fin de estudio la reparación de ese daño a cargo del responsable; teniendo como método de estudio para alcanzar la finalidad a los elementos de la responsabilidad civil. Asimismo, del análisis de la figura jurídica de la **indemnización** se obtuvo como resultado que, su objeto de estudio es, también, el daño causado, y a su vez, el fin de estudio la reparación del daño causado; teniendo como método de estudio para alcanzar el fin antes mencionando a la comprobación de la subsunción del hecho acontecido a la conducta prevista en el dispositivo normativo, situación que, si bien es aplicada actualmente, no contiene un trasfondo filosófico que lo justifique.

Por lo tanto, aunque no se señale en la teoría y sea una práctica aceptada la no aplicación de los elementos de la responsabilidad civil como método para establecer una suma dineraria como consecuencia de un daño causado, no se puede ser ajeno a que el objeto y el fin de estudio de la indemnización y del resarcimiento son los mismos, pues no existiría justificación válida para aplicar un método para conseguir el resarcimiento de un daño en los supuestos delimitados como indemnización, y otro, en los supuestos catalogados como responsabilidad civil. Entonces, la hipótesis antes formulada “El fundamento N° 59 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”, SE CONFIRMA, debido a que al no existir distinción ontológica entre ambas figuras, no es admisible la aplicación de diferentes métodos, sobre todo si se tiene en consideración que para una adecuada cuantificación de la suma dineraria que se otorgará como consecuencia del daño (o en su defecto bienes) deben evaluarse cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, evitando de esta manera el criterio discrecional del juez, pues en este muchas veces prima un criterio subjetivo por sobre el objetivo.

4.4. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS CUATRO

La discusión respecto a la hipótesis cuatro que es: “La Regla Vinculante N° 06 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- La regla vinculante N° 06, es una ratio decidendi expresa, por ello, a diferencia de las anteriores, está señalada taxativamente en la parte resolutive de Tercer Pleno Casatorio Civil, mencionado que: “La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la **naturaleza de una obligación legal**, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; **su fundamento no es la responsabilidad civil** contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.”.

Se advierte de esta regla dos aspectos importantes: el primero, que no se menciona a la indemnización producto del divorcio como separación de hecho, sino a la indemnización como figura jurídica general, es decir, sin delimitar los alcances del término (entendiéndose que se refiere a cada uno de los supuestos de indemnización regulados en el Código Civil) ; y segundo, que se establece como naturaleza jurídica de esta indemnización la de una obligación legal, descartando, a su vez el que este fundamentada en la responsabilidad civil. Además, respecto a este último aspecto, tampoco se advierte que, tanto en la misma regla, como en el Pleno Casatorio que lo sustenta, se brinde una motivación filosófica u ontológica de porqué el fundamento de la indemnización sea la equidad y solidaridad familiar, ignorando el hecho de que el objeto de la misma sea el daño.

SEGUNDO.- Podría decirse que: el citado, referencia, uso o aplicación esta regla como precedente vinculante, solo se realiza en casos similares que involucren casos de indemnización a favor de cónyuge mas perjudicado producto del divorcio por causal de separación de hecho, pues no debe de interpretarse extensivamente fuera del contexto del caso en particular que se desarrolla en el Tercer Pleno Casatorio. Lastimosamente la realidad es contraria, no es raro encontrar casos en los que los abogados citan antojadizamente jurisprudencia, vinculante o no, como argumento para respaldar su teoría del caso.

Entonces, teniendo en cuenta que las ratio decidendi, al ser precedentes vinculantes, son de observancia obligatoria de manera horizontal, es decir, para el mismo tribunal; y de manera vertical, respecto a los tribunales inferiores; la no aclaración de que la indemnización solo se refiere a la del artículo 345-A del Código Civil, desde ya, abre la puerta a una mal interpretación de esta figura jurídica, y, posiblemente, de su aplicación.

TERCERO.- Se ha establecido que la naturaleza jurídica de una institución o figura jurídica constituye el enfoque ontológico de la misma; por ello, para determinar la esencia tanto de la indemnización, como del resarcimiento, se analizaron los siguientes elementos ontológicos de cada uno: el objeto de estudio, el fin de estudio, y el método de estudio.

En ese sentido se obtuvo como resultado que el **resarcimiento** tiene como objeto de estudio al daño, y como fin de estudio la reparación de ese daño a cargo del responsable; teniendo como método de estudio para alcanzar la finalidad a los elementos de la responsabilidad civil. Asimismo, del análisis de la figura jurídica de la **indemnización** se obtuvo como resultado que, su objeto de

estudio es, también, el daño causado, y a su vez, el fin de estudio la reparación del daño causado; teniendo como método de estudio para alcanzar el fin antes mencionando a la comprobación de la subsunción del hecho acontecido a la conducta prevista en el dispositivo normativo.

Entonces, si se concluye que la tanto la indemnización y el resarcimiento tienen el mismo fin y objeto de estudio, y por lo mismo contienen el mismo fundamento ontológico; el señalar en la regla vinculante N° 06 que la naturaleza jurídica de la indemnización en general, es de obligación legal, la misma que bajo ninguna circunstancia puede equipararse al fundamento de la Responsabilidad Civil [resarcimiento], CONFIRMA la hipótesis antes formulada “La Regla Vinculante N° 06 **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en el ordenamiento jurídico peruano”, pues además de no precisar de qué tipo de indemnización hace referencia, no brindan argumentos que sustenten que el fundamento de la responsabilidad civil este desligado al de indemnización, ni mucho menos fundamentan la posición de que la indemnización está sustentada en la equidad y solidaridad familiar.

4.5. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

La discusión respecto a la hipótesis general que es: “El Tercer Pleno Casatorio Civil **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.-El fundamento N° 54 ha designado, sin un argumento ontológico sólido, como naturaleza jurídica de la figura contenida en el artículo 345-A° del Código Civil, la de la obligación legal, pues después de analizar cada una de las teorías en torno a la naturaleza jurídica

de indemnización a favor del cónyuge más perjudicado los magistrados supremos, obviando aclaración alguna, se decantan por ésta. En contraposición, luego de un análisis ontológico de los elementos de la indemnización y del resarcimiento, advertimos que EL DAÑO es el objeto de estudio de la indemnización, y, a su vez, la REPARACIÓN DEL DAÑO es su finalidad de estudio; por lo tanto, NO existe diferencia entorno a sus naturalezas jurídicas. Por lo mismo, no pueden afirmar arbitrariamente que la indemnización tiene por finalidad corregir y equilibrar desigualdades económicas

SEGUNDO.- El fundamento N° 57, redactado en base a la ponencia del amicus curiae Leysser León Hilario, reconocido doctrinario en temas de responsabilidad civil, señaló que la indemnización otorgada como consecuencia del divorcio por separación de hecho, no tiene naturaleza resarcitoria, y, como consecuencia de esta situación, no puede equipararse a un caso de responsabilidad civil contractual o extra contractual. No obstante, ello, la postura del profesor León en torno a la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento se basa en una distinción etimológica y no ontológica, situación que ocasiona el descarte de su posición, pues la discusión de la naturaleza jurídica de una figura jurídica como es en este caso la indemnización, NO es dable que se realice en base a la etimología.

TERCERO.- El fundamento N° 59, a diferencia de los anteriores, parte de un hecho fáctico originado supuestamente por la naturaleza jurídica de la indemnización, pues a partir de ella, la indemnización y el resarcimiento emplean diferentes métodos para el cumplimiento de su fin de estudio. Sin embargo, si se ha establecido que el objeto y el fin de estudio de ambas figuras jurídicas son las mismas (el daño y la reparación del daño respectivamente), NO puede aceptarse

que sin justificación filosófica u ontológica se establezca una diferenciación de métodos; sobre todo si de manera contradictoria afirman que dependiendo de la circunstancia se requerirá la concurrencia de uno u otro elemento de la responsabilidad civil.

CUARTO.- Respecto a la regla Vinculante N^o 06, se advirtió que en ella, los magistrados supremos del Tercer Pleno Casatorio Civil NO ha brindado una motivación suficiente al prescribir que la indemnización tiene la naturaleza de obligación legal y su fundamento no es la responsabilidad civil; partiendo de la minuciosidad con la cuál debe redactarse una ratio decidendi, esta se presta para mal interpretaciones, no solo por consignar la figura jurídica de la indemnización de manera general, sino también por no brindar fundamentos ontológicos sólidos que permitan designarle una naturaleza distinta a la del resarcimiento como la equidad o solidaridad familiar.

QUINTO.- Después de haber analizado todas las hipótesis y sus discusiones, el lector ávido podrá darse cuenta (al igual que nosotros) que ontológicamente no existe una diferencia entre la indemnización y el resarcimiento, ni si quiera en el método de estudio (aunque en la práctica si se emplee de manera diferente), por ello lo lógico es que tengan la misma naturaleza jurídica.

Para que se pueda entender por completo esta afirmación, y reforzar nuestra posición, planteamos el siguiente ejemplo:

Carla se graduó de la carrera de derecho hace dos años, sin embargo, su familia siempre fue de recursos económicos limitados, por ello, ella siempre ha buscado la manera de incrementar su patrimonio, así, un día se le ocurre la idea de encontrar un hombre con mucho dinero y casarse con él para asegurar su futuro y tener más propiedades. Al ser Carla una mujer muy inteligente y hermosa, no tarda en encontrar y enamorar a Juan, miembro de una de las familias más acomodadas de Lima; por ello, para asegurarse de que luego no se arrepienta de casarse, ambos realizan una promesa matrimonial (esponsales). Sin embargo, por azares de la vida, Carla, faltando pocos meses para la boda, conoce a Roberto, quién si bien no tenía mucho dinero ni la vida resuelta como Juan, tenía algo irresistible para Carla, pues ella queda completamente enamorada; entonces, olvidándose de sus planes y ambiciones decide tener una vida junto a Roberto, resolviendo no casarse. Juan enterado de la situación y demasiado molesto, decide ir a darle un escarmiento a Roberto por interferir en sus planes matrimoniales con Carla; por ello, sube a su carro en búsqueda de Roberto. Carla, asustada por la situación, sube también a su automóvil y sigue a Juan para impedir que le haga daño a Roberto.

Entonces, Juan encuentra a Roberto, baja del auto y se dispone a cruzar la calle para enfrentarlo; Carla, quien llegó segundos después de él, observa la situación y entra en pánico, así en su intento por impedir que le pase algo a Roberto, atropella a Juan dejándolo gravemente herido. Como consecuencia de esta situación, Carla recibe dos demandas, la primera de responsabilidad extracontractual y la segunda por ruptura de promesa matrimonial.

Del caso planteado se puede concluir que: en ambas figuras se observa un daño causado por Carla a Juan, y a su vez en ambas se busca la reparación del daño causado a través de una suma

de dinero, cuya cuantía se determinará dentro de un proceso judicial; pero, observándose que en esencia (ontológicamente) ambas figuras tienen el mismo objeto [EL DAÑO] y persiguen el mismo fin de estudio [LA REPARACIÓN DEL DAÑO]. Cabe resaltar que lo correcto sería emplear los elementos de la responsabilidad civil (método de estudio), en ambos casos en orden de establecer, sobre todo, una correcta cuantificación del daño ocasionado.

En conclusión, tras analizar las preguntas específicas, se ha CONFIRMADO nuestra HIPÓTESIS GENERAL que es: El Tercer Pleno Casatorio Civil **ha motivado deficientemente** la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico; pues un precedente judicial vinculante de éste tipo no puede ser emitido, y mucho menos establecer ratio decidendi sin argumentos válidos que lo respalden, ya que para ello es necesario realizar un análisis ontológico de una figura jurídica para determinar su naturaleza jurídica, y no afirmar que se trata de una obligación legal que deja de tener como objeto de estudio el daño; además generando una falsa generalización al no especificar en la parte resolutive (ratio decidendi expresa) que está referido a solo un presupuesto de indemnización.

Por ende, se propone la inaplicación del Tercer Pleno Casatorio como precedente vinculante a través de sus ratio decidendi; y a futuro, dejar sin efecto **el mismo para sustituirlo con un nuevo precedente (overruling)**, que tenga bases ontológicas y filosóficas sólidas al abordar la naturaleza jurídica de la indemnización, en otras palabras, **que esté debidamente motivado.**

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

- Siendo el punto central la diferencia entre resarcimiento e indemnización, los magistrados del Tercer Pleno Casatorio por medio del fundamento N° 54 concilian en que la naturaleza jurídica de este último es el de una obligación legal. No obstante, esta afirmación no tiene un sustento ontológico sólido que lo justifique, más aún cuando consignan de manera incorrecta la finalidad de corregir y equilibrar las desigualdades que aluden ser el centro del dispositivo normativo analizado (art. 345-A CC), cuando se ha demostrado por medio del presente trabajo de investigación que su verdadero fin de estudio es el resarcimiento del daño.
- Uno de los puntos centrales que justifican la decisión adoptada en el Tercer Pleno Casatorio, así como el establecimiento de los *ratios decidendis* implícitos, es la ponencia del *amicus curiae* Leysser León Hilario resumida en el fundamento N° 57. En esta, en pocas palabras, refiere que la indemnización no tiene una naturaleza resarcitoria, sino de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, sin embargo, como se advierte en el desarrollo del trabajo de investigación, dicha afirmación encuentra su justificación en una diferenciación de tipo etimológica en detrimento de un análisis ontológico. Por consiguiente, siendo la justificación ontológica la idónea para poder afirmar una diferencia en un aspecto esencial como es la naturaleza jurídica de una figura, se desprende la deficiente motivación de este fundamento, y del TPC.
- En el desarrollo argumental del Tercer Pleno Casatorio se advierten contradicciones en sus fundamentos, se determinó que en el fundamento N° 59, este no requiere la concurrencia

de presupuestos de responsabilidad civil en la propia indemnización del art. 345-A del CC, mientras que en los demás fundamentos los magistrados afirman la necesidad de aplicación de estos presupuestos para determinar ciertos aspectos de la indemnización. En consecuencia, a pesar de en la práctica omitirse la concurrencia de los presupuestos, la no existencia de diferencia ontológica entre la indemnización y el resarcimiento no es permisible que se haga distinción respecto de sus métodos de estudio; por ello, para ambos supuestos (indemnización y resarcimiento) deberían observarse los elementos de la responsabilidad civil.

- Sin perjuicio de la inexistencia de diferencia ontológica dilucidada en el presente trabajo de investigación, se ha afirmado, por medio de la Regla Vinculante N° 06, como *ratio decidendi* expresa, que la naturaleza jurídica de la indemnización es de obligación legal y su fundamento no es la responsabilidad civil; de esta manera, se pretende generalizar dicha distinción de aplicación obligatoria para los demás casos, lo cual es contraproducente, pues los casos entre sí tienen una naturaleza y estudio diferencial, además como se observó en el desarrollo del trabajo, también carece de fundamento ontológico que la respalde; situación perjudicial más aún cuando se tiene en consideración que al no especificar que esta distinción aplica en estricto a la regulada en el art.345-A, entonces los operadores jurídicos pueden incurrir en error en su aplicación, porque dichas reglas de demarcación en el TPC solo aplican para casos de divorcio remedio, más no para otras figuras jurídicas que contienen de por sí otras características y fundamentos.
- Se ha dejado establecida la importancia de los precedentes judiciales vinculantes, que, si bien estas tienen carácter obligatorio por medio de las *ratios decidendis* expresas, estas últimas a su vez se fundamentan en las *ratio decidendi* implícitas; recordemos que la

jurisprudencia es fuente de derecho. En ese sentido, la motivación que debe tener la resolución judicial debe ser impecable; entonces, al dejarse establecida la incongruencia de fundamentos para establecer una diferencia entre indemnización y resarcimiento a nivel ontológico, afirmando que la indemnización tiene una naturaleza jurídica de índole legal; se evidencia la deficiente motivación de la misma, situación que a todas luces desestima el contenido vinculante del Tercer Pleno Casatorio, más aún si se recuerda que la debida motivación es un precepto reconocido Constitucionalmente, por lo que al ser mal fundamentados, contraviene el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, por lo tanto, dicha sentencia, dicho TPC es NULA.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES

- Como se mencionó en las conclusiones, se advierte una deficiente motivación en el Tercer Pleno Casatorio, teniendo en consideración la importancia de los Plenos Casatorios en materia civil, además de la inaplicación del precedente a partir del 2020, en consecuencia, **se recomienda al Poder Judicial** establecer mecanismos de control o en su defecto procedimientos claros y eficientes que eviten la deficiente motivación de las resoluciones judiciales que establezcan precedentes judiciales obligatorios.
- En caso de que la presente tesis sea más debatible en la comunidad jurídica, y consecuentemente sea nula de iure el TPC (porque la logicidad de los argumentos son insuficientes, entonces también la conclusión también lo será), **se tendrán que reaperturar casos que hayan sido resueltas con el precedente vinculante, y al ser un precedente nulo**, solo quedarían dos caminos: (a) la indemnización para casos cuyo tiempo hayan sido resueltos hace un tiempo muy considerable o (b) la reapertura de casos, cuyo tiempo sea reciente y pueda emitirse una correcta decisión, pues el derecho no ampara deficiencias o inseguridades, sino justicia fáctica y teóricamente sustentable
- Recomendar que, **los jueces tengan que conocer obligatoriamente de filosofía y sociología** para abordar no solo criterios ontológicos de figuras o instituciones jurídicas en una realidad controversiales, la cual implica, por ejemplo, brindar el establecimiento de una naturaleza jurídica, en base al objeto, método y fin de estudio, para tener un sustento sólido que defienda una postura doctrinaria.

- Ser más concienzudos cuando se tiene la cualidad de *amicus curiae*, pues en base a las opiniones y posturas que se defiendan como expertos en el tema, los magistrados de la Corte Suprema tomarán una decisión; por ello, si la información brindada no está debidamente fundamentada hará que incurran en error, no solo para un caso, sino para la resolución de casos a futuro, de allí que, se deba **evaluar el perfil del *amicus curiae***.
- Recomendar a los operadores del derecho, y a los estudiantes de la carrera de Derecho que antes de realizar una aplicación inmediata de un precedente vinculante, ya sea del Poder Judicial o Tribunal Constitucional **a través de un departamento especializado, que pudiera denominarse: Departamento de investigación**, deban revisar si los fundamentos que sustentan el mismo son los adecuados, de allí, la importancia que los jueces conozcan de filosofía jurídica y sociología jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS
(SEGÚN ESTILO APA SEXTA EDICIÓN)

Abanto, J. (2011). Apuntes sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil. En Revista Actualidad Jurídica.

Número 211, pp. 77-81. Disponible en:

http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2013/06/06_actualiad_211_-_civil_y_registral.pdf

Aguilar, B. (2016). El cónyuge perjudicado en la separación de hecho: alcances y repercusiones

del Tercer Pleno Casatorio. En Los Plenos Civiles vinculante de la Corte Suprema, Y.

Meza & L. Luján (coor.) Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Alcántara, O. (2016). El daño derivado de la separación de hecho o del divorcio en el Tercer Pleno

Casatorio. En Los Plenos Civiles vinculante de la Corte Suprema, Y. Meza & L. Luján

(coor.) Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Alfaro, L. (2011). La indemnización en la separación de hecho. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Arteaga, A. (2018). La responsabilidad civil extracontractual para determinar la indemnización en

el divorcio por causal de separación de hecho. Investigación para optar el título de

abogado. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo - Perú, disponible

en:

http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/1254/1/TL_ArteagaLozadaAymee.pdf.pdf

Avendaño, J. (2005). *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Badenes, R. (1959). *Metodología del Derecho*. Barcelona-España: Bosch.

Cabanellas, G. (2001a). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. 28va Edición.
Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta.

Cabanellas, G. (2001b). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo IV. 28va Edición.
Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta.

Cabanellas, G. (2001c). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V. 28va Edición.
Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta.

Cabanellas, G. (2001d). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI. 28va Edición.
Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta.

Cabanellas, G. (2001e). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII. 28va Edición.
Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta.

Calisaya, A. (2016). *La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho: criterios para la identificación del cónyuge más perjudicado*. Investigación para optar el

grado de Magister en Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú, disponible en:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/8515>

Chiassoni, P. (2015). La Filosofía del Precedente: Análisis Conceptual y Reconstrucción Racional. En Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial, C. Bernal & T. Bustamante (ed.). Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia.

De la Puente, M. (2011). El Contrato en General. Tomo III. Lima-Perú: Palestra Editores.

De Trazegnies, F. (2005). La Responsabilidad Extracontractual en la historia del Derecho peruano.

En Revista THEMIS. Número 50, pp. 207-216. Disponible en:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8773>

De Trazegnies, F. (2015). Estudio Preliminar de la Responsabilidad Extracontractual. En Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, C. Soto (dir.). Lima-Perú: Instituto Pacífico.

Devis, H. (1984). Teoría General del Proceso Aplicable a toda clase de procesos. Tomo I. Buenos Aires-Argentina: Editorial Universidad.

Espinoza, J. (2007). Derecho de la Responsabilidad Civil. 5ta edición. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

- Gallegos, Y. & Jara, R. (2014). Manual de Derecho de Familia. Lima-Perú: Jurista Editores.
- García, D. (2014). Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio a la luz del Tercer Pleno Casatorio Civil. Investigación para optar el título de abogado. Universidad de Piura. Piura - Perú, disponible en:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2035/DER_014.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- García, W. (2015). Valoración del monto en resarcimiento en responsabilidad civil contractual y los problemas jurisprudenciales en la cuantificación. Investigación para optar el grado de Magister en Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú, disponible en:
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/7219>
- Guido, P. (2016). La Responsabilidad Civil Parte General. Volumen 1. Lima-Perú: Ediciones Legales.
- Herrera, D. (1984). Derecho Romano. 2da edición. Lima-Perú: EDDILI.
- Huapaya, R. & Sánchez, L. (2016). El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales. En Revista THEMIS. Número 69, pp.87-113. Disponible en: <http://themis.pe/revista-themis/themis-69-derecho-administrativo/>

Hurtado M. (2009). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Lima-Perú: Idemsa.

Lama, H. (2016). Jurisprudencia Vinculante Civil y Procesal Civil. Tomo I. Lima-Perú: Instituto Pacífico.

León, L. (2007). La Responsabilidad Civil líneas fundamentales y nuevas perspectivas. 2da edición. Lima-Perú: Jurista Editores.

León, L. (2016). Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Lima-Perú: Academia de la Magistratura. Disponible en:
<http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/452>

Lepin, L. (2008). La pensión compensatoria en el derecho español. En Revista del Magister y Doctorado en Derecho. Número 2, pp. 91-117. Disponible en:
http://drevistas.ucv.cl/detalles_numero.php?tituloID=331&numeroID=6092

Mamani, C. (2015). Análisis jurídico descriptivo propositivo de los criterios de cuantificación de la indemnización de los daños determinados en las sentencias sobre divorcio por la causal de separación de hecho emitidas en los juzgados especializados de familia de Arequipa, años 2011-2014. Investigación para optar el título de abogado. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa - Perú, disponible en:
<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/2213/DEmacacj.pdf?sequence=1>

Mazzinghi, J. (1999). Derecho de Familia. Tomo I. 3ra edición. Buenos Aires-Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Monroy, J. (1996). Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis.

Monroy, R. (2015). Viendo más allá de la falsa sinonimia entre el “Resarcimiento” e “Indemnización”. A propósito de la negación de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. En Revista Sapere. Número 10, s/p. Disponible en:

<http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/1782>

Morales, R. (2011). 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 Revista Diálogo con La Jurisprudencia. Volumen 16, número 153, pp. 47-56. Disponible en:

http://www.ical.org.pe/files/DIPLOMADO/Derecho_Civil/Romulo/Da%C3%B1o_moral_y_familia_en_el_Tercer_Pleno_Casatorio-R%C3%B3mulo_Morales-Dialogo_153_Junio_2011.pdf

Quintero, B. & Prieto, E. (1995). Teoría General del Proceso. Tomo I. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A.

Real Academia Española. (2015). Diccionario de la lengua española, disponible en:

<https://dle.rae.es/?w=diccionario>

Reyes, E. (2016). La indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho. A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo del 2015. Investigación para optar el título de abogado. Universidad de Piura. Piura - Perú, disponible en:

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2484/DER_058.pdf?sequence=1

Rodríguez, M. (2007). Proceso de la Ciencia. Operaciones básicas: problemas e hipótesis. Lima-Perú: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Rubio, M. (2009). El sistema jurídico. Introducción al Derecho. 10ma edición. Lima-Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sack, S. (2014). Responsabilidad civil en el nuevo proceso penal. Lima-Perú: Ideas Solución Editorial.

Schreiber, M. (1987). Código Civil Peruano de 1984 Exegesis. Tomo I. 2da edición. Lima-Perú: Librería Studium Editores.

Solís, C. (2007). Inicio en epistemología. Filosofía y teoría de la ciencia. Lima-Perú: Editorial San Marcos.

- Taboada, L. (2013). Elementos de la responsabilidad civil. 3ra edición. Lima-Perú: Grijley.
- Tantaleán, R. (2017). La aplicación del III Pleno Casatorio Civil: La determinación o no de oficio de la responsabilidad civil o la indemnización para el cónyuge. En Los Plenos Casatorios Civiles –Evaluación dogmática y práctica, S. Morales (coor.) Lima-Perú: Instituto Pacífico.
- Torres, A. (2016). Código Civil Comentado. Tomo III. Lima-Perú: Editorial IDEMSA.
- Torres, M. (2017). La causal de separación de hecho en el Perú: Aplicaciones Jurisprudenciales pos Tercer Pleno Casatorio Civil. En Los Plenos Casatorios Civiles –Evaluación dogmática y práctica, S. Morales (coor.) Lima-Perú: Instituto Pacífico.
- Vásquez, Y. (1998). Derecho de Familia Teórico-Práctico. Tomo I. Lima-Perú: Editorial Huallaga.
- Vásquez, Y. (1998). Derecho de Familia. Teórico-Práctico. Tomo I. Lima-Perú: Editorial Huallaga.
- Vivanco, P. (2017). Fundamento para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas. Investigación para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú, disponible en:
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9860>

Zaneti, H. (2015). El valor vinculante de los precedentes. Teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes. Lima-Perú: Raguel Ediciones.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	Variable 1	Tipo y nivel de investigación
¿De qué manera se ha motivado el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado Peruano?	Analizar la motivación empleada por el Tercer Pleno Casatorio Civil para diferenciar la indemnización y el resarcimiento en el Estado peruano.	El Tercer Pleno Casatorio Civil ha motivado deficientemente la diferencia entre la indemnización y el resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.	Tercer Pleno Casatorio Civil Dimensiones: <ul style="list-style-type: none"> • Fundamento N° 54 • Fundamento N° 57 • Fundamento N° 59 • Regla Vinculante N° 06 	La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Correlacional” y un enfoque cualitativo
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	Variable 2	Diseño de investigación
<p>¿De qué manera se ha motivado el Fundamento N° 54 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano?</p> <p>¿De qué manera se ha motivado el Fundamento N° 57 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano?</p> <p>¿De qué manera se ha motivado el Fundamento N° 59 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano?</p> <p>¿De qué manera se ha motivado la Regla Vinculante</p>	<p>Identificar la motivación empleada en el Fundamento N° 54 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano.</p> <p>Describir la motivación empleada en el Fundamento N° 57 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano.</p> <p>Determinar la motivación empleada en el Fundamento N° 59 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano.</p> <p>Examinar la motivación empleada en la Regla Vinculante N° 06 para diferenciar la indemnización y</p>	<p>El Fundamento N° 54 ha motivado deficientemente la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.</p> <p>El Fundamento N° 57 ha motivado deficientemente la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.</p> <p>El Fundamento N° 59 ha motivado deficientemente la diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.</p> <p>La Regla Vinculante N° 06 ha motivado deficientemente la</p>	<p>Resarcimiento e Indemnización</p> <p>Dimensiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidad Civil • Indemnización 	<p>Observacional</p> <p>Técnica de Investigación Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p>Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p>Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p> <p>Método General Se utilizará el método y hermenéutico.</p> <p>Método Específico</p>

<p>N° 06 para diferenciar la indemnización y resarcimiento en el Estado peruano?</p>	<p>resarcimiento en el Estado peruano.</p>	<p>diferencia entre indemnización y resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico.</p>		<p>Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>
--	--	---	--	---

