

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN
POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO
POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO,
TACNA- 2018**

TESIS

PRESENTADA POR:

MG. NANCY APAZA CHAMBILLA
ORCID: 0000-0002-0679-9859

ASESOR:

DR. HUGO HERIBERTO SOZA MESTA
ORCID: 0000-0002-9103-9423

Para obtener el grado académico de:

DOCTOR EN DERECHO

TACNA – PERÚ
2021

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO**

DOCTORADO EN DERECHO

Tesis

**“VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR
SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO
MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN
POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018”**

Presentada por:

MG. NANCY APAZA CHAMBILLA

**Tesis sustentada y aprobada el 12 de agosto de 2021; ante el siguiente jurado
examinador:**

PRESIDENTE: DRA. ELVA INÉS ACEVEDO VELÁSQUEZ

SECRETARIO: DR. MARIO GUILLERMO DENEGRI SOSA

VOCAL: DR. JOSÉ CARLOS CHAVEZ – FERNANDEZ POSTIGO

ASESOR: DR. HUGO HERIBERTO SOZA MESTA

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo NANCY APAZA CHAMBILLA, en calidad de: doctoranda del Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, identificado (a) con DNI N° 41710298.

Soy autor (a) de la tesis titulada:

VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018.

DECLARO BAJO JURAMENTO:

Ser el único autor del texto entregado para obtener el grado académico de Doctor en Derecho, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 8% de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor (a) de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Tacna, 12 de agosto de 2021



NANCY APAZA CHAMBILLA

DNI N° 41710298

AGRADECIMIENTO:

A mi maestro, Dr. Hugo Heriberto Soza Mesta, quien con sus enseñanzas, conocimiento, experiencia, paciencia, motivación y apoyo ha hecho posible este sueño académico y profesional.

DEDICATORIA:

A mi padre y madre, Segundo y Delapaz,
A mis hermanos, Isabel, Juan y Danthe.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO:	5
.....	6
DEDICATORIA:	6
ÍNDICE DE TABLAS	19
.....	21
ÍNDICE DE FIGURAS.....	21
.....	22
ÍNDICE DE ANEXOS	22
.....	23
RESUMEN	23
.....	26
ABSTRACT.....	26
.....	29
INTRODUCCIÓN	29
CAPÍTULO I	32
EL PROBLEMA.....	32
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	32
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:.....	36
1.2.1. Interrogante Principal. -	36
1.2.2. Interrogantes Secundarias. -	36
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:.....	36
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	37
1.4.1. Objetivo General. -	37
1.4.2. Objetivos Específicos. -	37
CAPÍTULO II.....	39
MARCO TEÓRICO.....	39
2.1. ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO Y FILOSÓFICO JURÍDICO	39
2.2. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO.....	40
2.2.1. INVESTIGACIONES INTERNACIONALES.....	40
2.2.2. INVESTIGACIONES NACIONALES	42
2.3. BASES TEÓRICAS.....	44
SUB CAPÍTULO I.....	44

DERECHOS FUNDAMENTALES	44
1.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES	44
1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	47
1.3. DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	48
1.4. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS	48
1.4.1. Universalidad	49
1.4.2. Imprescriptibilidad	49
1.4.3. Irrenunciabilidad o inalienabilidad	49
1.4.4. Inviolabilidad	49
1.4.5. Efectividad	50
1.4.6. Su trascendencia a la norma positiva	50
1.4.7. Su interdependencia y complementariedad.....	50
1.4.8. Igualdad en derechos.....	51
1.4.9. Corresponsabilidad.....	51
1.4.10. Progresividad	51
1.5. GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS	53
1.5.1. Derechos de primera generación: Los derechos civiles y políticos	53
1.5.2. Derechos Humanos de la segunda generación: Los derechos económicos, sociales y culturales	55
1.5.3. Derechos de tercera generación: Los derechos de los pueblos o derechos de solidaridad	57
1.6. NORMAS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS	58
1.6.1. Sistema universal - ONU	58
1.6.1.1. La carta de las Naciones Unidas (ONU).....	58
1.6.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	58
1.6.1.3. Los dos Pactos Internacionales más el Protocolo Facultativo.....	59
1.6.2. Sistema regional interamericano	59
1.6.2.1. La Carta de la Organización de Estados Americanos-OEA.....	59
1.6.2.2. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	60
1.6.2.3. Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José ...	60
1.7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993	61

1.8. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	64
1.9. LÍMITES O DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	66
1.10. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ..	68
1.10.1. Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales	68
1.10.1.1. Alcances de Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales	68
1.10.1.2. Principios de Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales	70
a) Principio de concordancia práctica	71
b) Principio de corrección funcional	72
c) Principio de fuerza normativa de la Constitución	73
d) Principio de función integradora.....	73
e) Principio de unidad de la Constitución	74
f) Test de igualdad	74
g) Principio de proporcionalidad.....	75
- Test de proporcionalidad – contenido	76
- Test de proporcionalidad – juicio de adecuación.....	76
- Test de proporcionalidad – juicio de necesidad	77
- Test de proporcionalidad- finalidad constitucionalmente válida	77
- Test de proporcionalidad- juicio de proporcionalidad en sentido estricto	77
1.10.1.3. Métodos tradicionales de interpretación constitucional	78
a) Método literal o gramatical	78
b) Método sistemático	79
c) Método teleológico	79
d) Método histórico	79
e) Método evolutivo	80
1.10.1.4. Criterios de Interpretación de los Derechos Fundamentales	80
1.10.1.4.1. Interpretación conforme a la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (La Convención Americana de Derechos Humanos)	80
1.10.1.4.2. Principio pro-hominis	84
1.10.1.4.3. Principio pro libertatis.....	86
1.10.1.4.4. Principio Indubio Pro Operario.....	87

1.10.1.4.5.	Principio Pro Actione y derecho a la tutela procesal efectiva.....	88
1.10.1.4.6.	Principio de Posición preferente de los derechos fundamentales	89
1.10.1.4.7.	Principio de Mayor protección de los derechos fundamentales	91
1.10.1.4.8.	Principio de Fuerza expansiva de los derechos fundamentales.....	93
1.10.1.4.9.	Principio de Ponderación de los derechos fundamentales	94
1.10.1.4.10.	Principio de Progresividad y derechos Sociales.....	96
1.10.1.4.11.	Principio de Proporcionalidad.....	97
1.10.1.4.12.	Principio de Ponderación	99
1.10.1.4.13.	Principio de concordancia práctica	101
SUB CAPÍTULO II.....		102
LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA		102
2.1.	CONCEPTO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	102
2.2.	EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	104
2.3.	LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y EN EL PACTO DE SAN JOSÉ... ..	105
2.4.	LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	107
SUB CAPÍTULO III.....		108
DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO		108
3.1.	CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO	108
3.2.	EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LO CONFORMAN.....	110
3.2.1.	Derecho a un juez natural independiente e imparcial	110
3.2.2.	Derecho de defensa o contradicción	112
3.2.3.	Derecho a un debido procedimiento	113
3.2.4.	Derecho a la prueba	114
3.2.5.	Derecho a una sentencia debidamente motivada	115
3.2.6.	Derecho a la pluralidad de instancias.....	116
3.2.7.	Derecho a la cosa juzgada constitucional.....	117
SUB CAPÍTULO IV		118
DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN		118
4.1.	DEBIDA MOTIVACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA JURÍDICA	118

4.1.1.	Diferencia entre motivación y fundamentación	119
4.1.2.	Necesidad de la motivación	120
4.1.3.	Finalidad de la motivación	121
4.1.4.	Motivación en derechos	122
4.1.4.1.	La justificación del juzgador sea consecuencia de una aplicación racional de la ley y del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento.....	123
4.1.4.2.	La motivación debe respetar los derechos fundamentales	125
4.1.4.3.	Adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión	126
4.1.5.	Motivación fáctica: necesidad de la prueba	126
4.1.5.1.	Valoración de la prueba	127
4.1.5.2.	Motivación de la prueba.....	129
4.1.5.3.	Justificación del fallo	130
4.2.	DEBIDA MOTIVACIÓN COMO PRINCIPIO Y DERECHO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.	135
4.3.	DEBIDA MOTIVACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993	138
4.4.	DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	141
4.5.	DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	143
4.6.	FALTA DE DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA DOCTRINA	146
4.7.	VICIOS DE DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	147
4.7.1.	Inexistencia de motivación o motivación aparente.-	147
4.7.2.	Falta de motivación interna del razonamiento	148
4.7.3.	Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas	149
4.7.4.	La motivación insuficiente	150
4.7.5.	La motivación sustancialmente incongruente	151
4.7.6.	Motivaciones calificadas.....	152
SUB CAPÍTULO V		153

LA FAMILIA	153
5.1. CONCEPTO DE FAMILIA	153
5.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA	154
5.3. LA FAMILIA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ .	156
5.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE FAMILIA	157
5.4.1. Principio de protección a la familia	157
5.4.2. Principio de protección al matrimonio.....	159
5.4.3. Principio de Igualdad y equidad.....	159
5.4.4. Principio de reconocimiento de uniones de hecho.....	161
5.4.5. Principio de unidad familiar.....	162
5.4.6. Principio de la solidaridad familiar.....	162
5.5. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA	163
5.6. REGULACIÓN JURÍDICA HISTÓRICA DE LA FAMILIA EN PERÚ 164	
5.7. CLASES DE FAMILIA	166
5.7.1. Familias Explícitas o Expresas	166
5.7.2. Entidades Familias Implícitas o Tácitas.....	167
5.7.3. Familias transformadas	168
5.8. FUNCIONES DE LA FAMILIA	172
5.8.1. Función geneonómica	172
5.8.2. Función alimentaria.....	172
5.8.3. Función asistencial.....	173
5.8.4. Función económica	173
5.8.5. Función trascendencia.....	173
5.8.6. Función afectiva.....	173
SUB CAPÍTULO VI	173
EL MATRIMONIO CIVIL EN LA LEGISLACION PERUANA	173
6.1. NOCIÓN DEL MATRIMONIO	174
6.2. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO	174
6.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	175
6.4. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO	177
6.4.1. Acto jurídico	178
6.4.2. Institución jurídica	178

6.4.3.	Unión heterosexual	178
6.4.4.	Perdurable	178
6.4.5.	Legalidad y forma	179
6.4.6.	Comunidad de vida	179
6.4.7.	Monogámica	179
6.5.	FINALIDAD DEL MATRIMONIO.....	179
6.6.	ELEMENTOS DEL MATRIMONIO.....	180
6.7.	REQUISITOS DEL MATRIMONIO.....	181
6.8.	EL MATRIMONIO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y NORMATIVA INTERNACIONAL.....	181
	SUB CAPÍTULO VII.....	183
	EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	183
7.1.	EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN EL PERÚ	183
7.1.1.	Divorcio según el Código Civil de 1852.....	184
7.1.2.	Divorcio según el Código Civil de 1936.....	185
7.1.3.	Divorcio según el Código Civil de 1984.....	186
7.2.	DEFINICIÓN DE DIVORCIO.....	187
7.3.	NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO	188
7.4.	CLASES DE DIVORCIO.....	188
7.4.1.	Divorcio Sanción:	188
7.4.2.	Divorcio Remedio:.....	189
7.5.	CARACTERÍSTICAS DEL DIVORCIO.....	190
7.6.	EFFECTOS DEL DIVORCIO.....	191
7.6.1.	En cuanto a los cónyuges.- Se tiene las siguientes características:	191
7.6.2.	En cuanto a los hijos	192
7.7.	CAUSALES DEL DIVORCIO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984..	192
	SUB CAPÍTULO VIII.....	193
	DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	193
8.1.	DEFINICIÓN DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	193
8.2.	NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	195

8.3. PRESUPUESTOS LEGALES PARA CONFIGURAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	195
8.3.1. Material u objetivo	195
8.3.2. Sicológico o subjetivo	196
8.3.3. Temporal	196
8.4. EFECTOS LEGALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO	197
SUB CAPÍTULO IX	200
SENTENCIA DE VISTA QUE APRUEBA O CONFIRMA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y SUS OBLIGACIONES, CONSTITUCIONAL DE CUMPLIR CON DEBIDA MOTIVACIÓN Y OBLIGACIÓN LEGAL TUITIVA DE FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO	200
9.1. REQUISITOS DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES	200
9.1.1. REQUISITOS DE FORMA	201
9.1.2. REQUISITOS DE FONDO	202
9.2. OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE MOTIVAR DEBIDAMENTE LA SENTENCIA DE VISTA QUE APRUEBA O CONFIRMA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	204
9.3. OBLIGACIÓN LEGAL TUITIVA DE FIJAR OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO	205
9.4. LA IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE PERJUDICADO COMO REQUISITO ESENCIAL PARA APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	207
9.5. OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUZGADOR DE FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS, COMO EFECTO JURÍDICO DE LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LA CAUSAL DE DIVORCIO	209
9.6. ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	211
9.7. EL DAÑO	215
9.7.1. CONCEPTO DEL DAÑO	215
9.7.2. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO	216
9.7.2.1. Daño evento	216
9.7.2.2. Daño consecuencia	218

9.7.3.	Daño al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho	219
9.7.3.1.	Daño al proyecto de vida matrimonial	219
9.7.3.2.	Daño a la persona: naturaleza jurídica	221
9.7.3.3.	Daño Moral (dignidad de la persona).....	222
9.8.	CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN AL CÓNYPUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	224
9.9.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYPUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	225
9.9.1.	Carácter alimentario.....	225
9.9.2.	Carácter reparador.....	226
9.9.3.	Carácter indemnizatorio.....	226
9.9.4.	Carácter de obligación legal.....	226
9.9.5.	Carácter de responsabilidad civil extracontractual	227
9.9.6.	El sistema normativo peruano.....	228
9.10.	COMPONENTES DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	230
9.11.	DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA ADJUDICACIÓN DE BIENES EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	232
	SUB CAPÍTULO X.....	233
	VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN POR LAS SENTENCIAS DE VISTA POR INCUMPLIR LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE DEBIDA MOTIVACIÓN Y LA OBLIGACIÓN LEGAL TUITIVA DE FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYPUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	233
10.1.	SENTENCIAS DE VISTA DONDE SE EMITE PRONUNCIAMIENTO DE OFICIO CON RESPECTO A LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYPUGE PERJUDICADO.....	235
10.2.	SENTENCIAS DE VISTA DONDE SE HA SOLICITADO INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYPUGE PERJUDICADO COMO PRETENSÓN ACCESORIA.....	236
2.4.	DEFINICIÓN DE CONCEPTOS.....	237
2.5.	LEGISLACIÓN COMPARARA: CHILE, ESPAÑA Y PERÚ	240
2.5.1.	ANTECEDENTES DEL ESTUDIO COMPARADO	240
a)	El objeto de comparación.....	240

b)	Posición del comparatista.....	240
c)	Extensión del marco de análisis	240
2.5.2.	PROCESO DE COMPARACIÓN	241
2.5.3.	DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS	246
2.5.4.	CAUSAS DE LAS RELACIONES	247
2.6.	ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN DE OFICIO AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN	250
CAPÍTULO III.....		252
MARCO METODOLÓGICO.....		252
3.1.	HIPÓTESIS.....	252
3.1.1.	Hipótesis General. -.....	252
3.1.2.	Hipótesis Específicas. -	252
3.2.	VARIABLES E INDICADORES.....	253
3.2.1.	IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS GENERAL:.....	253
3.2.2.	IDENTIFICACIÓN DE VARIABLE DEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS GENERAL:	254
3.2.3.	IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	254
3.2.4.	IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE DEPENDIENTE DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:	255
3.2.5.	IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	255
3.2.6.	IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE DEPENDIENTE DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:	255
3.3.	ENFOQUE, MÉTODO, TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	256
3.3.1.	ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.....	256
3.3.2.	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	257
3.3.3.	TIPO DE INVESTIGACIÓN	259
3.3.4.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	259
3.4.	NIVEL DE INVESTIGACIÓN:	259
3.5.	ÁMBITO Y TIEMPO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN	260
3.6.	POBLACIÓN Y MUESTRA:.....	260
3.6.1	UNIDADES DE ESTUDIO:.....	260

3.6.2	POBLACIÓN.....	261
3.6.3	MUESTRA	261
3.7.	PROCEDIMIENTO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	264
3.7.1.	PROCEDIMIENTOS.....	264
3.7.2.	TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LOS DATOS:.....	264
3.7.3.	INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE LOS DATOS.....	264
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....		265
4.1.	DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO	265
4.2.	DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS.....	266
4.3.	RESULTADOS.....	267
4.3.1.	REVISIÓN DOCUMENTAL, ARGUMENTATIVO Y DOGMÁTICO.....	267
4.3.1.1.	Caracterización general de las sentencias de vista	267
4.3.1.2.	Fundamentación jurídica y fáctica de las sentencias de vista en relación al artículo 345-A del Código Civil, concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno).....	275
4.3.1.3.	Nivel de vulneración de la debida motivación de las sentencias de vista	287
4.3.2.	ENCUESTA APLICADO A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO	292
4.3.3.	ENTREVISTA	314
4.4.	PRUEBA ESTADÍSTICA	330
4.5.	COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS (DISCUSIÓN) Y LOGRO DE OBJETIVOS	331
CAPÍTULO V.....		334
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		334
5.1.	CONCLUSIONES	334
5.2.	RECOMENDACIONES.....	335
PROPUESTA LEGISLATIVA		337
ANEXO N° 01		358
TABLAS Y GRÁFICOS		358
ANEXO N° 02.....		389
GUÍA DE REVISIÓN DOCUMENTAL.....		389
ANEXO N° 03		395
TÉCNICA-ENCUESTA		395

ANEXO N° 04	397
GUÍA DE ENTREVISTA.....	397
ANEXO N° 05	400
TRANSCRIPCIÓN DE LAS ENTREVISTAS	400

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1.....	271
Tabla N° 2.....	275
Tabla N° 3.....	293
Tabla N° 4.....	295
Tabla N° 5.....	297
Tabla N° 6.....	299
Tabla N° 7.....	301
Tabla N° 8.....	303
Tabla N° 9.....	305
Tabla N° 10.....	307
Tabla N° 11.....	309
Tabla N° 12.....	358
Tabla N° 13.....	359
Tabla N° 14.....	360
Tabla N° 15.....	361
Tabla N° 16.....	362
Tabla N° 17.....	363
Tabla N° 18.....	364
Tabla N° 19.....	365
Tabla N° 20.....	366
Tabla N° 21.....	367
Tabla N° 22.....	368
Tabla N° 23.....	369
Tabla N° 24.....	370
Tabla N° 25.....	371
Tabla N° 26.....	372
Tabla N° 27.....	373

Tabla N° 28.....	374
Tabla N° 29.....	375
Tabla N° 30.....	376
Tabla N° 31.....	377
Tabla N° 32.....	378
Tabla N° 33.....	379
Tabla N° 34.....	380
Tabla N° 35.....	381
Tabla N° 36.....	382
Tabla N° 37.....	383
Tabla N° 38.....	384
Tabla N° 39.....	385
Tabla N° 40.....	386
Tabla N° 41.....	387
Tabla N° 42.....	388

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 01.....	53
Figura N° 02.....	177
Figura N° 03.....	187

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO N° 01	
TABLAS Y GRÁFICOS	357
ANEXO N° 02	
GUÍA DE REVISIÓN DOCUMENTAL.....	388
ANEXO N° 03	
CUESTIONARIO	394
ANEXO N° 04	
GUÍA DE ENTREVISTA	396
ANEXO N° 05	
TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTAS	399

RESUMEN

La investigación titulada “VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA-DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018”, ha planteado analizar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018. En efecto, se ha formulado la siguiente hipótesis: Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulneran totalmente el derecho fundamental a la debida motivación, al incumplir la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

Toda vez que, en el ámbito jurídico, se advierte que los magistrados no identifican al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho; consecuentemente, no se otorga la indemnización correspondiente, pese a

que es una obligación constitucional y legal tuitiva, cumplir tal mandato; incurriendo de este modo en indebida motivación de las resoluciones judiciales.

La investigación es de tipo aplicada con un enfoque mixto (cualitativo-cuantitativo) y diseño Triangulación Concurrente; asimismo, se aplicó el método hipotético deductivo, hipotético inductivo, método de análisis y síntesis, análisis documental, argumentativo y dogmático; igualmente, se aplicó como técnicas para el desarrollo de la investigación cualitativa: Entrevista semi estructurada y el análisis documental, argumentativo y dogmático; como técnica para el desarrollo de la investigación cuantitativa, se aplicó la encuesta estructurada con escala nominal. En esa línea de ideas, interviene en la variable independiente: **Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna del año 2018, que incumplen la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado**, para cuyo análisis, se consideró la información obtenida en las 24 Sentencias de Vistas, emitidas por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna en el año judicial 2018; asimismo, se analizó las 68 encuestas aplicadas a los profesionales del derecho y la entrevista aplicada (5) a los especialistas de la materia.

El objetivo general fue determinar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018

En esa línea de ideas, se arribó a los siguientes resultados: La guía de revisión documental, argumentativo y dogmático ha permitido comprobar que las sentencias de vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por la causal de separación de hecho vulneran en alta medida el derecho fundamental a la debida motivación, por lo que estas deben cumplir con este derecho fundamental. Así mismo, las encuestas dirigidas a profesionales del derecho, dan cuenta que 8 de cada 10 encuestados coinciden que se vulneran derechos fundamentales al respecto; las entrevistas han permitido comprobar y corroborar esta situación. Asimismo, la guía de revisión documental da cuenta que

las sentencias de vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por la causal de separación de hecho presentan en su mayoría una fundamentación jurídica; sin embargo, presentan una débil fundamentación fáctica generando “inexistencia de motivación o motivación aparente” y “motivación insuficiente”, en consonancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 728-2008-PHC/TC. En cuanto al cuestionario, 9 de cada 10 encuestados, conocen que las sentencias de vista deben cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente y fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; sin embargo, más de 50% de los encuestados tienen conocimientos que las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho incumplen su obligación constitucional de motivarlas debidamente y su obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

PALABRAS CLAVES

Indemnización al cónyuge perjudicado, debida motivación, divorcio por la causal de separación de hecho, indebida motivación.

ABSTRACT

The investigation entitled "VULNERATION OF FUNDAMENTAL RIGHT DUE MOTIVATION DUE TO JUDGMENTS OF VISTA- DIVORCE- SEPARATION OF FACT FOR NOT PROOFLY MOTIVATING BY NOT SET OF OFFICE COMPENSATION FOR DAMAGES TO THE INJURED SPOUSE, TACNA- 2018, has proposed to analyze to what extent the Judgments of Hearing of the Civil Chambers of Tacna that approve or confirm the divorce due to de facto separation, would violate the fundamental right to due motivation, by not properly giving reasons and by not setting ex officio compensation for damages in favor of the injured spouse, Tacna - 2018. In Indeed, the following hypothesis has been formulated: The Hearing Judgments of the Civil Chambers of Tacna approve or confirm divorce due to de facto separation, totally violate the fundamental right to due motivation, by failing to comply with the constitutional and legal obligation to motivate duly by ex officio set the compensation for damages in favor of the injured spouse, Tacna - 2018.

Since, in the legal field, it is noted that the magistrates do not identify the spouse injured in the divorce on the grounds of de facto separation; consequently, the corresponding compensation is not granted, despite the fact that it is a

constitutional and legal protective obligation, to fulfill such mandate; thus incurring in undue motivation of judicial decisions.

The research is of the applied type with a mixed approach (qualitative-quantitative) and Concurrent Triangulation design; Likewise, the hypothetical deductive, hypothetical inductive method, method of analysis and synthesis, documentary, argumentative and dogmatic analysis was applied; Likewise, it was applied as techniques for the development of qualitative research: semi-structured interview and documentary, argumentative and dogmatic analysis; As a technique for the development of quantitative research, the structured survey with a nominal scale was applied. In this line of ideas, it intervenes in the independent variable: The Sentences of Hearing of the Civil Chambers of Tacna of the year 2018, which breach the constitutional and legal obligation to properly motivate by set ex officio compensation for damages in favor of the injured spouse, for whose analysis, the information obtained in the 24 Judgments of Hearings, issued by the Civil Chambers of the Superior Court of Justice of Tacna in the 2018 judicial year was considered; Likewise, the 68 surveys applied to legal professionals and the interview applied (5) to specialists in the field were analyzed.

The general objective was to determine to what extent the Judgments of Hearing of the Civil Chambers of Tacna that approve or confirm the divorce on grounds of de facto separation, would violate the fundamental right to due motivation, by not duly giving reasons by not automatically setting compensation for damages in favor of the injured spouse, Tacna - 2018.

In this line of ideas, the following results were reached: The documentary, argumentative and dogmatic review guide has made it possible to verify that the hearing sentences of the Tacna Civil Chambers that approve or confirm the divorce for the cause of separation in fact violate in high measure the fundamental right to due motivation, so they must comply with this fundamental right. Likewise, surveys

directed at legal professionals show that 8 out of 10 respondents agree that fundamental rights are violated in this regard; the interviews have made it possible to verify and corroborate this situation. Likewise, the documentary review guide shows that the hearing judgments of the Tacna Civil Chambers that approve or confirm the divorce due to the fact of separation in fact mostly present a legal basis; however, they present a weak factual basis, generating “lack of motivation or apparent motivation” and “insufficient motivation”, in line with the Constitutional Court's Ruling No. 728-2008-PHC / TC. Regarding the questionnaire, 9 out of 10 respondents know that hearing sentences must comply with the constitutional and legal obligation to properly motivate and set ex officio compensation for damages in favor of the injured spouse; However, more than 50% of those surveyed are aware that the Sentences of Hearing of the Civil Chambers of Tacna that declare divorce due to de facto separation in fact fail to comply with their constitutional obligation to properly motivate them and their legal obligation to establish ex officio compensation for damages in favor of the injured spouse.

KEYWORDS

Compensation to the injured spouse, due motivation, divorce due to de facto separation, undue motivation.

INTRODUCCIÓN

En vista que el artículo 43° de la Constitución Política del Perú, aborda el tema relacionado al “Estado Democrático y Social de Derecho y los procesos de familia”, para cuyo efecto, precisa dos fórmulas, “sosteniendo que Perú es un Estado democrático de Derecho, así como un Estado social, por lo que debe atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad, siendo la principal responsable la administración de justicia” (“Casación N° 4664-2010–Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil”). Igualmente, se indica posteriormente, “la Corte Suprema concluye que la norma de suprema jerarquía concluye que el país tiene un Estado social y democrático” (“Casación N° 4664-2010–Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil”). Del mismo modo, “la doctrina sustenta que el Estado Social de Derecho quiere decir que el Estado Constitucional es un Estado con justicia social, por lo que debe primar la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda a los débiles y su protección, orientaciones que tienen la normativa y el rol de los jueces comprometidos con un veraz servicio de justicia” (“Casación N° 4664-2010–Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil”).

Asimismo, el aludido Tercer Pleno Casatorio sostiene que “el artículo 4° de la Carta Magna impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose a la protección a la familia y al matrimonio” (“Casación N° 4664-2010–Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil”). En ese mismo sentido, “la

normativa que hace referencia a temas de familia, comprendidas tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, como en el Código Civil y el Código Procesal Civil, están referidas a los deberes, derechos y obligaciones derivadas de las relaciones familiares, acogiéndose a principios como el de socialización, igualdad, e interés superior del niño” (Casación N° 4664-2010–Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil).

Siendo la pregunta general de la investigación: ¿En qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018? Se formuló la siguiente hipótesis general: Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulneran totalmente el derecho fundamental a la debida motivación, al incumplir la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

El trabajo de investigación está circunscrito a las 24 resoluciones judiciales contenidas en las Sentencias de Vista, emitidas por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna en el año judicial 2018. Las referidas resoluciones aprueban o confirman el divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, se debe identificar y otorgar indemnización al cónyuge perjudicado por mandado constitucional y legal. Igualmente, fue objeto de análisis la encuesta aplicado a los profesionales del derecho y la entrevista aplicada a los especialistas de la materia.

La investigación está organizada en cinco capítulos. En el capítulo I, se detalla el planteamiento del problema, formulación del problema, justificación y objetivos de la investigación. En el capítulo II, se aborda el enfoque filosófico y epistemológico, antecedentes de la investigación, bases teóricas y definición de conceptos. En el capítulo III, se describe el marco metodológico, empleado en la investigación. En el capítulo IV, se presentan los resultados de la investigación, las pruebas estadísticas y la comprobación de las hipótesis (discusión). Finalmente, en el capítulo V, se señalan las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

La investigación titulada: VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA-DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018, constituye un aporte para el ámbito jurídico, por cuanto permite identificar el tratamiento de la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho en la Corte Superior de Justicia de Tacna. Asimismo, tiene una connotación sociológica, por cuanto se busca identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado, quien soporta usualmente el cuidado de la familia, donde están inmersos menores edad; en ese sentido, el Estado protege a la familia (“núcleo de la sociedad”) y al niño (Principio de interés superior del niño).

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Tomando en consideración que el “Estado Democrático y Social de Derecho” y los procesos de familia, de conformidad al artículo 43° de la Constitución Política del Perú:

“Acoge dos fórmulas, sosteniendo que el Perú es un Estado democrático de Derecho, así como, un Estado social, por lo que debe atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad, siendo la principal responsable de la administración de justicia; más adelante, la Corte Suprema concluye que la norma de suprema jerarquía, concluye que nuestro país tiene un Estado Social y Democrático. La doctrina sostiene que el Estado Social de Derecho significa: Estado Constitucional, es decir, es un Estado con justicia social, por lo que debe primar la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda a los débiles y su protección, orientaciones que tiene nuestra normativa y el rol de los jueces comprometidos con un veraz servicio de justicia. El artículo 4° de la

Constitución Política del Perú, impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose a la protección a la familia y al matrimonio. Las normas jurídicas referidas a la familia contenidas tanto en el Código de los niños y adolescentes, como en el Código Civil y el Código Procesal Civil, están referidas a los deberes, derechos y obligaciones derivadas de las relaciones familiares, acogiendo a principios como el de socialización, igualdad, e interés superior del niño” (Casación N° 4664-2010–Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil).

Siendo así, en relación al tema de investigación, se tiene que en la actualidad las cifras de divorcios cada día aumentan, advirtiéndose situaciones en los que en ciertas ciudades y países se superan las cuotas de divorcios a las de matrimonios. Lo cual indudablemente refleja la desintegración familiar que es “la célula básica de la sociedad”, conforme a la Constitución Política del Perú. Justamente, esta desintegración genera un impacto a los integrantes de la familia, usualmente, en cuanto a los cónyuges, uno de ellos resulta más perjudicado o afectado; situación concreta que hace imperativo identificar e individualizar al cónyuge perjudicado en el proceso del divorcio por la causal de separación de hecho a quien el sistema jurídico le brinda amparo constitucional y legal tuitiva.

En el mundo, según el Ranking de los países con “la tasa de divorcio más alta de toda Europa son Bélgica, con una tasa de divorcio de un 70%, seguido por Portugal con 68%, Hungría con 67%, la República Checa con 66% y España con 61%” (Business Insider, 2014).

En América Latina, Estados Unidos de América posee una tasa elevada de 53%. En Canadá, es del 48%. En Brasil, se registra una tasa de divorcios de 21%. En México, 15%. La conservación del matrimonio aún se da en los matrimonios de Colombia, con una tasa de divorcios del 9% y Chile al parecer mantiene matrimonios consolidados, toda que solo tiene apenas 3% de divorcios.

Mientras tanto en Perú, “los resultados de la investigación efectuado por el Instituto de Ciencias del Matrimonio y Familia, demuestran las tendencias de los matrimonios peruanos, esto es, según: (...) los resultados de las últimas Encuestas Demográficas y de Salud Nacional (ENDES) (S/F), solo en la década (2000- 2010) los divorcios y separaciones, se incrementaron en un 51,52%. (...) las razones de la gran diferencia entre el crecimiento de los divorcios y matrimonios se tiene por ejemplo los resultados de una encuesta hecha por la Universidad de Lima en 2004. Esta revela que entre los principales problemas que las parejas identifican están, en primer lugar, la falta de comunicación (35%), seguida de los problemas económicos (24%) y la desconfianza (12%)”.

Asimismo, la SUNARP (Superintendencia Nacional de Registros Públicos) informó que, “desde el mes de enero hasta el mes de julio del año 2018, se llegaron a inscribir 5046 divorcios en total, situación concreta que constituye un aumento de 4.90%, esto respecto a 4810 divorcios inscritas en el mismo periodo del año 2017. Igualmente, la SUNARP refiere que inscripciones de divorcio se incrementaron en 16 regiones: Amazonas, Áncash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Ica, Junín, La Libertad, Loreto, Pasco, Piura, Puno, **Tacna** y Tumbes; en dichas regiones, se inscribió la mayor cantidad de separaciones” (SUNARP, 2018).

Que, el divorcio en el año 2011 “en la región costa, el total asciende a 3253 divorcios, de los cuales más de la mitad (54,7%) corresponden al departamento de Lima y 4.5% corresponde a la región Tacna” (“Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI2, 2011), lo cual con el transcurrir de los años se ha ido incrementando paulatinamente.

En efecto, el divorcio es un tema álgido que repercute al Estado en relación a la situación futura de sus integrantes, lo que amerita promover mecanismos legales para brindar protección a los más vulnerables de dicha desintegración, esto es, cónyuge perjudicado y niños, lo cual requiere especial atención, así, que los magistrados deberían analizar la materia de manera razonable cada caso concreto y resolver conforme a las normas previstas,

siempre dando un enfoque constitucional e integral por ser un tema de carácter familiar, no dejando de lado, la facultad tuitiva y flexibilidad de los principios en los procesos de familia, caso contrario, se estaría vulnerando la seguridad jurídica.

De conformidad, al artículo 4° de la Constitución Política del Perú y el artículo 345°-A del Código Civil, concordante con lo prescrito en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno) se insta a identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, previsto en el inciso 12 del artículo 333° del Código Civil; sin embargo, los magistrados soslayan dicho extremo de la pretensión explícita o implícita, evidenciándose una clara vulneración a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pese a tener facultad tuitiva con relación a dicho extremo.

La importancia de la investigación reside en determinar en qué medida las Sentencias de Vista de la Corte Superior de Justicia de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por la causal de separación de hecho incurrirían en motivación indebida con respecto a la identificación e indemnización al cónyuge perjudicado, porque no cumplen con la obligación constitucional y legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

Siendo así, se pretende comprender cómo es que los magistrados tienen un rol determinante en la identificación e indemnización del cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, en el entendido que, a partir de dicho rol, se puede de alguna manera, aminorar la nueva situación de la vida de los cónyuges que resultan perjudicados, lográndose con ello, la materialización de sus derechos.

Ahora bien, a partir de este análisis se puede advertir la motivación indebida de las resoluciones judiciales, cuya situación concreta tiene relación con la obligación constitucional y legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.2.1. Interrogante Principal. -

¿En qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018?

1.2.2. Interrogantes Secundarias. -

1.2.2.1. ¿En qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con garantizar el derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018?

1.2.2.2. ¿En qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

Justificación social (Relevancia social).- El tema de investigación resulta trascendental para la sociedad, toda vez que tiene relación directa con el tema de familia, la cual goza de amparo constitucional (artículo 4º) y legal (artículo 345-A del Código Civil). En ese sentido, se busca demostrar si se cumple con identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado de oficio en el divorcio por la causal de separación de hecho.

Justificación metodológica.- Resulta fundamental determinar las razones objetivas que no permiten identificar e indemnizar de oficio al cónyuge perjudicado, tomando en consideración que producto de la separación fáctica y del divorcio en sí, usualmente, uno de los cónyuges queda

en una situación de desventaja frente al otro, esto se evidencia aún más cuando de por medio existen hijos menores de edad.

Justificación práctica.- La investigación está orientada a analizar por qué en el divorcio por la causal de separación de hecho, en relación a la indemnización al cónyuge perjudicado, se incurre en indebida motivación y por ende, al incumplimiento de la obligación constitucional y legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo General. -

Determinar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

1.4.2. Objetivos Específicos. -

1.4.2.1. Analizar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con garantizar el derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018.

1.4.2.2. Analizar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO Y FILOSÓFICO JURÍDICO

Norberto Bobbio señala: “El Estado y el derecho juntos forman un todo indisoluble, pues han surgido al mismo tiempo, juntos constituyen **el Estado de Derecho, que es aquel, donde gobiernan las leyes y no los hombres**. El derecho de nuestros días es cada vez más derecho del Estado” (1965, P. 16).

El derecho para el positivismo es la ley artificial o humana, es el derecho creado por el Estado. El derecho positivo se refiere a un cuerpo de leyes impuestas por el Estado que regulan la conducta humana. En ese sentido, se entiende por positivismo jurídico “un conjunto de teorías, concepciones y tesis relativas al Derecho positivo: a las normas jurídicas, a las fuentes del Derecho, a los rasgos de los sistemas jurídicos, al papel de los aplicadores del Derecho (Jueces), a la interpretación jurídica, etc. Todo el ordenamiento jurídico es creado por una norma fundamental, la Constitución, creada por el Poder Constituyente por delegación del poder del pueblo” (Soza, S/F).

El presente trabajo de investigación corresponde al **enfoque epistemológico positivista**. Siendo así, el trabajo de investigación adopta la postura filosófica positivista epistemológica de Norberto Bobbio del **positivismo metodológico**, toda vez que considera el derecho como un método de estudio de la realidad social.

En el caso concreto, se planteó la investigación con la finalidad de analizar críticamente las sentencias de vista expedidas por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna en el año judicial 2018, sobre el divorcio por la causal de separación de hecho con respecto a la indemnización por daños al cónyuge perjudicado, si estas cumplen con la debida motivación, esto es, metodológicamente.

2.2. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

Después de revisar diversas referencias bibliográficas, afín a la temática investigada, se destacan los siguientes antecedentes de la investigación:

2.2.1. INVESTIGACIONES INTERNACIONALES

En la investigación denominada: “La motivación de las sentencias por parte del Juzgador en proceso penal y sus efectos jurídicos”. El objetivo general de la investigación fue: “Elaborar un documento de análisis crítico, doctrinario y jurídico que evidencie la no motivación de las sentencias judiciales por parte del juzgador, para analizar la validez jurídica de los mismos, vulnera los principios fundamentales de seguridad jurídica y del debido proceso” (TORRES; 2015). Asimismo, formuló los Objetivos específicos, entre otros: “a) Determinar el grado de conocimiento que tienen los involucrados en el problema materia de esta investigación, en base al trabajo de campo. b) Validar la presente investigación, en base a criterios de expertos” TORRES; 2015). Arriba al siguiente resultado, entre otras, con relación al objetivo general:

“Caso N° 1331-2014: (...) Se menciona varias normas constitucionales, bloque de constitucionalidad, pero que no se relacionan ni con la acusación fiscal ni con la particular

denominación. La motivación no solo rompe con la congruencia, sino también con el principio de imparcialidad, ya que la Corte confunde los hechos y el derecho; por lo cual se da otra violación constitucional; ya que hay vulneración al derecho de la tutela efectiva, imparcial y expedita; la tutela judicial se cumple en tres momentos: en el derecho de la acción; en el sometimiento de las disposiciones legales, judiciales, fundadas en derecho en las resoluciones motivadas” (TORRES; 2015).

Asimismo, con relación a los objetivos específicos antes señalados, se tiene entre otros:

“Se observa en la tabla 2: El 70.70% de los encuestados en relación a la pregunta si sabe cuáles son las competencias del Juez respecto a la motivación judicial respondieron que sí y el 29.29% no saben, porque desconocen de las competencias. Igualmente, se aprecia en la tabla 9: La mayoría de los encuestados compuestos por un 50.50% la califican de regular a la motivación en las sentencias judiciales por parte del juzgador, el 39.39% coinciden que es mala y el 10.10% muy mala” (TORRES; 2015).

Del mismo modo, la investigación aludida concluye, entre otros, que:

“La motivación como la resolución o conclusión fundamental del fallo deben ser considerados no solo como requisitos de forma externa de la sentencia, sino también de contenido. Entre los requisitos de la motivación: expresa, clara, completa, legítima y lógica, y la motivación debida, existe una relación lógica de implicación material, en concordancia con lo que manifiesta la Corte Constitucional en los requisitos fundamentales que tienen que tener todas las sentencias. donde cada uno de dichos requisitos constituyen condiciones necesarias (...)” (TORRES; 2015).

2.2.2. INVESTIGACIONES NACIONALES

- a) En la investigación denominada: “Análisis de los Efectos Jurídicos del Divorcio Por causal de Separación de Hecho en el Código Civil, Huaraz, 2017”.

El objetivo general ha sido: “Analizar si son perjudiciales los efectos jurídicos del divorcio por causal de separación de hecho en la ciudad de Huaraz” (BEDÓN y HUALLPA; 2017). Asimismo, se formuló varios objetivos específicos, entre ellos, se tiene: **Objetivos Específicos:** “a) Determinar si se aplica la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, tal como lo prescribe el artículo 345°-A del Código Civil. b) Analizar el criterio de los jueces de familia en cuanto a la determinación del cónyuge perjudicado” (BEDÓN y HUALLPA; 2017). Arriba al siguiente resultado con relación al objetivo general:

“Se observa en la tabla 1. De las 10 sentencias analizadas en el presente trabajo de investigación, el 70% cumplieron con los criterios establecidos para surtir efectos no perjudiciales para ambas partes del proceso de divorcio por causal de separación de hecho; sin embargo, el 30% de las sentencias analizadas no ha cumplido con los criterios establecidos, por lo cual generan efectos perjudiciales para uno o ambas partes del proceso” (BEDÓN y HUALLPA; 2017).

Con relación al primer objetivo precitado indica:

“Se observa en la tabla 2. De las 10 sentencias analizadas en el presente trabajo de investigación, el 80% de las sentencias cumplieron con los criterios (nexocausalidad) para aplicar la Indemnización en el caso de haberse generado daño durante el divorcio por causal de separación de hecho; sin embargo, el 20% de las sentencias analizadas no han cumplido con los criterios de la indemnización” (BEDÓN y HUALLPA; 2017)

Con relación al segundo objetivo específico antes señalado, se tiene lo siguiente:

“Se observa en la tabla 3. De las 10 sentencias analizadas en el presente trabajo de investigación, el 90% de las sentencias han cumplido con los criterios establecidos en el Tercer Pleno Casatorio civil para identificar al cónyuge perjudicado del divorcio por causal por separación de hecho; sin embargo, el 10% no logró identificar correctamente al cónyuge perjudicado de la relación matrimonial” (BEDÓN y HUALLPA; 2017).

Del mismo modo, la investigación aludida concluye:

“La mayoría de sentencias de primera instancia de procesos de divorcio por causal de separación de hecho analizadas, no surten efectos perjudiciales para los cónyuges, al contrario, se puede apreciar de la tabla 01 y del cuadro N° 01 de nuestros resultados, que el 70% de ellas tienen una debida motivación y por tal no generan perjuicios, y solo un 30% de las mismas podrían generar algún efecto perjudicial, demostrando que en el fallo que emiten los jueces de familia de la ciudad de Huaraz existe seguridad jurídica para las partes del proceso” (BEDÓN y HUALLPA; 2017).

- b)** En la investigación denominada: “La indemnización del cónyuge perjudicado en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho en el expediente N° 01815-2010-0-2001-JR-FC- 01, del distrito judicial de Piura – Piura 2014”.

El objetivo de la investigación en mención ha sido: “a) Determinar la calidad de la valoración del juez con respecto a la indemnización del cónyuge perjudicado en primera sentencia. b) Determinar la calidad de la valoración del juez con respecto a la indemnización del cónyuge perjudicado en segunda sentencia”

(GALLARDO, 2014). Arriba al siguiente resultado con relación a la primera sentencia:

“La tabla N° 01 revela que la valoración del juez en sus tres dimensiones con respecto a la indemnización en la primera sentencia emitida por el primer juzgado de familia. Lo que se deriva de la calidad de la valoración conjunta de las pruebas presentadas por las partes se ubica en el rango de baja calidad. En el caso de la conexión lógica entre los hechos y derechos, se encuentra en el rango de mediana calidad y finalmente en el fundamento doctrinario con respecto a la indemnización, se encuentra en el rango de baja calidad” (GALLARDO, 2014).

De la primera sentencia, cuyo objeto de estudio concluye que: “No hubo una debida motivación con respecto a la valoración del juez en la indemnización al cónyuge perjudicado, ya que no se valoró de manera conjunta las pruebas ni la condición de la parte perjudicada en el momento de la separación, no se tomaron en cuenta varios factores que intervienen en el derecho a una indemnización, tampoco hubo fundamento doctrinario con respecto a la indemnización del cónyuge perjudicado. Se dio una motivación ineficiente o aparente, porque solo dio un cumplimiento formal a la motivación” (GALLARDO CORDOVA, 2014).

2.3. BASES TEÓRICAS

SUB CAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos humanos son aquellos preceptos normativos que reconocen y resguardan la dignidad de las personas. Los derechos tutelan la forma

como las personas se interrelación en la sociedad, así como las relaciones que se dan entre el Estado y las mismas obligaciones del Estado con relación a sus conciudadanos. “Las leyes relativas a los derechos humanos exigen que los gobiernos hagan determinadas cosas y les impide hacer otras. Las personas también tienen responsabilidades; así como hacen valer sus derechos, deben respetar los derechos de los demás. Ningún gobierno, grupo o persona individual tiene derecho a llevar a cabo ningún acto que vulnere los derechos de los demás” (“Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-UNICEF”).

Los derechos humanos universales “están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos” (“Organización de las Naciones Unidas-ONU”).

En ese sentido, se desprende de lo expuesto anteriormente que los derechos fundamentales emanan y proceden directamente de los derechos humanos. Ahora bien, tomando en consideración que los derechos humanos son frecuentemente preceptos normativos a nivel internacional que garantizan y salvaguardan los derechos de las personas. Al mismo tiempo, los derechos fundamentales nacen de los derechos humanos a fin de ser establecidos como tal en un Estado determinado.

De conformidad a la “Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, se le denomina:

“**Derechos fundamentales** por la relevancia de los derechos que agrupa el concepto: aquellos derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de factores como condición social, religión, preferencia sexual o

nacionalidad. Generalmente los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos por el Estado o los Estados en cuestión, es decir, son derechos humanos positivados. La diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales resulta importante, ya que no todos los derechos humanos han sido reconocidos como derechos fundamentales. De ahí que podemos afirmar que no todos los derechos humanos son derechos fundamentales. En definitiva, la expresión derechos humanos tiene un contenido mucho más amplio que el de derechos fundamentales”.

En la doctrina, según Antonio Pérez Luño, se establecen “tres tipos de definiciones de derechos humanos”:

- i. **“Tautológicas.-** No aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Una definición tautológica muy repetida en la doctrina es la que afirma que los “derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre” (1979, P.17).
- ii. **“Formales.-** No especifican el contenido de los derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Una definición formal es la que afirma que los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado” (1979, P.17).
- iii. **“Teleológicas.-** En ellas se apela a ciertos valores últimos, susceptible de diversas interpretaciones. Una definición teleológica dice que los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización” (1979, P.18).

En ese sentido, el tratadista aludido, ha señalado que “los derechos humanos, son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por

los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (Pérez Luño (1979, P.43).

Desde la posición de Javier Jiménez Campo, “la diferencia se acentúa en el ámbito constitucional y político, toda vez que un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución. Por esa razón, debe ser considerada la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa” (Jiménez, 1999, P. 24).

1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo a Robert Alexy: “No basta concebir a las normas de derecho fundamental solo como reglas o solo como principios. Un modelo adecuado, al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales, se adscriben tanto reglas como principios. Ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble” (S/F, P. 138).

Se plantea que “en un Estado de Derecho Constitucional Democrático, los Derechos Fundamentales operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se materializan operando como elementos del ordenamiento objetivo y subjetivo” (Martínez Bullé, 2003, P. 1453).

Igualmente, Pérez Santacruz sostiene que “los Derechos Fundamentales cumplen la función de ser derechos subjetivos en cuanto a su ubicación como norma, y cumplen su significación objetiva en cuanto a su faceta como principios que están contenidos dentro de la ley fundamental. Esta es la doble naturaleza de los Derechos Fundamentales, como norma y como principios” (S/F, P. 65).

1.3. DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según el Tribunal Constitucional “los Derechos Fundamentales, en su **dimensión subjetiva**, no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El **carácter objetivo** de dichos derechos radica en cambio, en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional” (STC N° 3330-2004-AA/TC, Fundamento 9, 11/08/2005).

Que, “los Derecho Fundamentales debido a su desarrollo histórico jurídico, cuentan pues con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido: subjetivo o liberal y objetivo o social. Dimensión Subjetiva o de Libertad, que contiene todas las facultades de acción que el Derecho reserva a su titular y que exige la atención del poder público. Dimensión Objetiva o Institucional o Social o Profesional, que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los Derechos Fundamentales en el plano de la realidad, esto es, tener un rol promotor y crear las condiciones sociales económicas que hagan posible los derechos fundamentales como realidad efectiva” (Soza, S/F, P. 15).

1.4. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Máximo Pacheco (1995, como citó en Carruitero y Soza, 2003), “magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su trabajo, los derechos fundamentales de la persona humana, afirma, que los derechos humanos responden a los siguientes principios”:

1.4.1. Universalidad

La universalidad “está relacionada con el enfoque de que el solo hecho de ser, hace acreedor al hombre de derechos con relación a otros hombres o sus instituciones representativas respectivas; estos son el patrimonio de todos los seres humanos, en particular, sin importar ninguna característica de la persona”.

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1º, establece que los Derechos Humanos comprenden a todos los seres humanos, haciendo aquí una precisión importante: la Declaración utiliza un término absoluto al referirse al género humano en su conjunto, por lo cual no cabe considerarlo parcialmente” (2003, P. 46).

1.4.2. Imprescriptibilidad

Que, “la existencia de los Derechos Humanos no ha de extinguirse nunca, ya que, al ser consustanciales a la naturaleza humana, tendrán vigencia en tanto existan seres humanos” (2003, P. 46).

1.4.3. Irrenunciabilidad o inalienabilidad

Indica que “los Derechos Humanos son de naturaleza óptica no es posible renunciar a ellos, así como no es posible renunciar a ser un humano. Por su parte la inalienabilidad de los Derechos Humanos reside en el que -al hallarse más allá de la esfera de manipulación del hombre- le es imposible disponer arbitrariamente de ellos” (2003, P. 47).

1.4.4. Inviolabilidad

La inviolabilidad es “la naturaleza irreductible y siempre vigente de los Derechos Humanos frente a todo poder, grupo o individuo, resaltando la necesidad de protegerlos y garantizarlos en toda circunstancia y en todo momento, sin subordinarlos ni mediatizarlos. Si los Derechos Humanos se subordinan a un limitado y amoral poder del Estado y se impone una doctrina de la seguridad del

Estado, los Derechos Humanos se vaciarán de contenidos” (2003, P. 47).

1.4.5. Efectividad

Que, “los Derechos Humanos no son aspiraciones o formulaciones principistas, por la cual demandan su respeto y positivización por parte de la sociedad y el orden jurídico. Por ello, la sociedad debe responder efectivamente a las demandas de sus integrantes, pues ello hará posible su propia existencia” (2003, P. 47).

1.4.6. Su trascendencia a la norma positiva

Se postula que “estos derechos no requieren estar reconocidos expresamente por la legislación interna de un estado para que sus ciudadanos se vean protegidos a nivel internacional por dichas normas; además, aún el Estado mismo no sea parte de los Pactos y Declaraciones que confieren dichos derechos, la comunidad internacional no duda hoy en considerar a los Derechos Humanos como una *opinio juris*, es decir, se encuentran convencidos de su necesaria práctica más allá del hecho de que se encuentren o no efectivamente positivizados. El jurista Máximo Pacheco sostiene, que trascienden a los ordenamientos jurídicos nacionales, esto es, son internacionales. Por consiguiente, no obsta a su pleno reconocimiento y eficacia cualquier soberanía nacional que pretenda enervarlos” (2003, P. 47).

1.4.7. Su interdependencia y complementariedad

Se sostiene que “los Derechos Humanos son un complejo integral e interdependiente, por lo que su real protección demanda además hacer ciertamente posible la realización de los derechos civiles y políticos, tanto como los económicos, sociales y culturales. Las Naciones Unidas reconocieron este principio en la Resolución de la Asamblea adoptada en 1977 sobre los criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, en cuya parte resolutive dice: Decide que el enfoque

de la labor futura del Sistema de Naciones Unidas, respecto de las cuestiones de Derechos Humanos, deberá tener en cuenta los conceptos siguientes: a) Todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales” (2003, P. 48).

1.4.8. Igualdad en derechos

Se señala que “los Derechos Humanos protegen en igual medida todo ser humano, por lo que hay una identidad absoluta de derechos en todas y cada una de las personas. Este principio que negativamente podemos enunciar como el de no discriminación, se halla en la base misma de la concepción de estos derechos; así, el primer, considerando del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: Considerando que la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia humana. El corolario del principio de igualdad de derechos es la no discriminación o trato desigual entre quienes merecen igual trato, por ningún motivo” (2003, P. 48).

1.4.9. Corresponsabilidad

Que, “como consecuencia de lo anterior, todos somos responsables en forma individual y colectivamente frente al sujeto de estos derechos. Debe entenderse que solo asumiendo una responsabilidad individual y colectiva frente al individuo y la humanidad toda, será posible que los Derechos Humanos tengan plena vigencia en la sociedad (203, P. 49).

1.4.10. Progresividad

Que, “el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales está previsto en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; además, está prescrito en el

artículo del 2º, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. La normatividad internacional antes señalada permite concluir que existe un compromiso por parte de los Estados para garantizar la progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (203, P. 49).

La Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima (Tribunal Unipersonal) ha precisado que:

“En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales y la otra, a la que podemos denominar negativa, que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad” (EXPEDIENTE N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03, 17/07/2015).

Asimismo, la doctrina señala que “se encuentra la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad que implica esta. Sobre la obligación de progresividad, debemos indicar que abarca dos sentidos complementarios. De un lado, una cierta gradualidad, es decir, la necesidad de establecer plazos razonables para llegar a las metas que el reconocimiento del Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone; y, de otro, la búsqueda del progreso, a través del mejoramiento de las condiciones de goce y ejercicio de los Derechos Económicos Sociales y Culturales” (Abramovich y Curtis, 2002, P. 93).

En virtud de lo expuesto, se desprende que el principio de progresividad determina que los derechos humanos una vez que han alcanzado un avance en relación al ejercicio y tutela de un derecho determinado, esta de ningún modo a la postre puede restringirse o limitarse, más bien debe continuar plenamente con su cumplimiento y ejercicio.

1.5. GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Que, “la clasificación de los derechos humanos en tres generaciones es una propuesta que data desde el año 1979 del jurista checo, Karel Vasak, y se corresponde con los derechos asociados a la libertad, la igualdad y la fraternidad, los ideales de la Revolución Francesa de 1789. La clasificación también responde a la evolución histórica de los derechos humanos” (Carruitero y Soza, 2003, P. 71). A continuación, se desarrolla las tres generaciones:

GENERACIÓN DE DERECHOS	ÉPOCA DE ACEPTACIÓN	TIPO DE DERECHOS	VALOR QUE DEFIENDEN	FUNCIÓN PRINCIPAL
Primera	S. XVIII y XIX	Civiles y políticos	LIBERTAD	Limitar la acción del poder. Garantizar la participación política de los ciudadanos.
Segunda	S. XIX y XX	Económicos, Sociales y Culturales	IGUALDAD	Garantizar condiciones de vida dignas para todos.
Tercera	S. XX y XXI	Justicia, paz y solidaridad	SOLIDARIDAD	Promover relaciones pacíficas y constructivas.

Figura N° 01: “Las tres generaciones de derechos”. Por César Prestel Alfonso (S/F).

1.5.1. Derechos de primera generación: Los derechos civiles y políticos

1.5.1.1. Definición de derechos de primera generación

Son “aquellos derechos que se atribuyen a las personas, bien en cuanto a personas en sí misma consideradas, bien en cuanto que ciudadanos pertenecientes a un determinado Estado, y que suponen una serie de barreras y de exigencias frente al poder del Estado en cuanto qué ámbitos de exclusión o autonomía respecto del poder de mismo” (Carruitero y Soza, 2003, P.72).

1.5.1.2. Caracteres de derechos de primera generación

Asimismo, Carruitero y Soza, presentan algunas características de los derechos de la primera generación:

“**a)** Es la primera aparición de los Derechos Humanos, por eso, se les denomina actualmente como derecho de primera generación. **b)** Ante todo, se trata de proclamar, a través de estos derechos, la facultad de hacer de todo ser humano, frente al Estado: los derechos civiles y derechos políticos. **c)** En su origen, surgen los derechos individuales, concebidos como la expresión de los *derechos innatos o derechos esenciales*. **d)** Los derechos civiles y políticos están recogidos en las principales declaraciones internacionales actuales de Derechos Humanos. En unos casos, en forma global y en otros casos, de una forma individualizada” (2003, P.72-75).

1.5.1.3. Clasificación de los derechos humanos de primera generación

Según Francisco Carruitero Lecca y Hugo Soza Mesta los derechos que corresponden a la primera generación, se sub clasifican en dos tipos de derechos:

“**a) Los derechos civiles.-** Los derechos civiles comprenden los siguientes derechos: **(i) El derecho a la**

vida en el sentido amplio, que comprende: El derecho a la vida en sentido estricto o derecho a la existencia, este derecho a su vez comprende los siguientes derechos: El derecho a la vida frente al hambre; El derecho a la vida frente a la pena de muerte; El derecho a la vida frente a las ejecuciones sumarias y arbitrarias; El derecho a la vida frente a las desapariciones forzadas; El derecho a la vida frente al genocidio; El derecho a la vida frente al aborto; El derecho a la vida frente a la eutanasia; El derecho a la vida frente a la manipulación genética. **(ii) El derecho a la integridad personal, este derecho genérico comprende:** El derecho a la integridad sicofísica y El derecho a la integridad moral. **(iii) El derecho a la seguridad personal. Este derecho comprende los siguientes:** Derecho a la nacionalidad; Derecho a la libertad de movimientos; Derecho a la migración; El derecho de asilo, considerando el asilo como derecho y no como garantía” (2003, P.76-77). **“b) Los derechos políticos.-** Denominado también genéricamente y de una forma unitaria, derecho a la participación política, se clasifica: El derecho a la asociación política; El derecho de reunión; El derecho a acceder a los cargos públicos; El derecho de sufragio, activo y pasivo; El derecho a participar en la elaboración de las leyes; El derecho de petición” (Carruitero y Soza, 2003, P. 77).

1.5.2. Derechos Humanos de la segunda generación: Los derechos económicos, sociales y culturales

1.5.2.1. Definición de derechos humanos de la segunda generación

Que, “los derechos económicos, sociales y culturales son aquel conjunto de derechos-prestación, que consisten en especificar aquellas pretensiones de las personas y de los pueblos consistentes en la obtención de prestaciones de cosas o de actividades, dentro del ámbito económico-social, frente a las personas y grupos que detentan el poder del Estado y frente a los grupos sociales dominantes” (Carruitero y Soza, 2003, P. 77).

1.5.2.2. Caracteres de derechos humanos de la segunda generación

Igualmente, Francisco Carruitero y Hugo Soza presentan las siguientes características que están relacionados a la segunda generación de los derechos humanos:

“**a)** Su significado no es unívoco y son derechos de naturaleza muy heterogénea. **b)** Actualmente, los derechos económicos, sociales y culturales tienen una doble dimensión: objetiva y subjetiva. **En sentido objetivo** pueden entenderse como el conjunto de normas, a través de las cuales, el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. **En sentido subjetivo** podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos” (2003, P.77-80).

1.5.2.3. Clasificación de la segunda generación de los derechos humanos

Igualmente, se evidencia los siguientes derechos humanos que son propios de la segunda generación: “**a)** El derecho al

trabajo. **b)** Los derechos sindicales. **c)** El derecho a la seguridad social. **d)** El derecho a la alimentación, vestido, vivienda digna, salud. **e)** El derecho a la educación como el acceso a la ciencia y a la tecnología” (Carruitero y Soza, 2003, P. 81).

1.5.3. Derechos de tercera generación: Los derechos de los pueblos o derechos de solidaridad

1.5.3.1. Definición de derechos humanos de la tercera generación

Se sostiene que “se hace referencia a la existencia en los últimos años, junto a la constatación y reivindicación de los tradicionales derechos (civiles y políticos, económicos sociales y culturales) de unos nuevos derechos humanos, surgidos como consecuencia de la especificidad de las circunstancias históricas actuales y que responden, ante todo, al valor solidaridad” (Carruitero y Soza, 2003, P. 81).

1.5.3.2. Caracteres de derechos humanos de la tercera generación

Empleando las palabras de Pérez Santacruz “el titular es básicamente todo un pueblo o comunidad, ya sea que forme parte de una nación o integre, por sí mismo, un país” (S/F, P. 14).

1.5.3.3. Clasificación de los derechos humanos de la tercera generación

Que, “los derechos de la Tercera Generación comprenden los derechos que se detallan a continuación: **a)** El derecho a la autodeterminación de los pueblos. **b)** El derecho al desarrollo. **c)** El derecho al medio ambiente sano. **d)** El derecho a la paz” (Carruitero y Soza, 2003, P. 82).

1.6. NORMAS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos de las personas no solo son parte de las constituciones, sino que también trascienden a nivel internacional. Lo cual ha permitido la proliferación de instrumentos internacionales que contribuyen de manera vinculatoria en la normatividad constitucional.

En ese sentido, la normativa internacional de defensa de los derechos humanos se divide en dos grupos, las mismas que han sido suscritos por el Perú, según Carruitero y Soza:

1.6.1. Sistema universal - ONU

Se plantea que “a nivel universal la Carta Internacional de Derechos Humanos está conformada por: La carta de las Naciones Unidas (ONU), la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos Internacionales más el Protocolo Facultativo” (2003, P. 252).

1.6.1.1. La carta de las Naciones Unidas (ONU)

Se manifiesta que “el hecho de que la Carta de las Naciones Unidas contenga normas referidas a los Derechos Humanos dio inicio al proceso de internacionalización de los mismos. Desde entonces, los Estados no pueden sostener que la violación de los derechos de sus nacionales sea solamente un asunto de su exclusiva jurisdicción interna” (2003, P. 254).

1.6.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos

Que, “la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el diez de diciembre del año mil novecientos cuarenta y ocho. Esta declaración es considerada en la actualidad como el fundamento de todo el sistema de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos, porque ha ejercido una profunda influencia en el pensamiento y el comportamiento de las personas y de los gobiernos en todo el mundo, se le tiene como código de conducta y como patrón para medir el grado de respeto y aplicación de las normas

internacionales en asuntos de Derechos Humanos. La Declaración Universal distingue dos categorías de derechos: Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fueron consagrados en dos Pactos” (2003, P. 255).

1.6.1.3. Los dos Pactos Internacionales más el Protocolo Facultativo

Asimismo, “los tratados fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU en 1966 con el objeto de reforzar la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los Pactos Internacionales entraron en vigor en 1976, luego de reunir las 35 ratificaciones que requerían. Así se tiene: **a)** El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **b)** El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (2003, P. 256-257).

El “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: En el marco de la resolución N° 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, se prevé la existencia del protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo propósito es permitir a los individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos contenidos en el mismo, que presenten peticiones ante el comité de Derechos Humanos” (2003, P. 256-258).

1.6.2. Sistema regional interamericano

1.6.2.1. La Carta de la Organización de Estados Americanos-OEA

Que, “la Carta OEA es el tratado interamericano que crea la Organización de los Estados Americanos. Ha sido suscrita en Bogotá, Colombia el día 30 de abril de 1948 en la Novena

Conferencia Internacional Americana que entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951” (“Organización de Estados Americanos”).

1.6.2.2. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

La “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha sido aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, en el año 1948, considerando principalmente que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad” (“Comisión Interamericana de Derechos Humanos”).

1.6.2.3. Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José

La “Convención Americana sobre Derechos Humanos denominado también como Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre del 1969, “destaca que, dentro de un estado de derecho, donde rigen las instituciones democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos, tiene su basamento en la determinación de condiciones esenciales necesarias para su sustentación. Así como, la alimentación, la salud, la libertad de organización, la participación política, entre muchos otros” (“Convención Americana sobre Derechos Humanos”).

1.7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

El artículo 2° de la Carta Magna describe taxativamente los derechos fundamentales, conforme se procede a detallar a continuación:

- 1.** “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.
- 2.** “A la igualdad ante la ley”.
- 3.** “A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada”.
- 4.** “A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”.
- 5.** “A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública”.
- 6.** “A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.
- 7.** “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias”.
- 8.** “A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica”.
- 9.** “A la inviolabilidad del domicilio”.
- 10.** “Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados”.
- 11.** “A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él”.
- 12.** “A reunirse pacíficamente sin armas”.
- 13.** “A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley”.
- 14.** “A contratar con fines lícitos”.
- 15.** “A trabajar libremente”.
- 16.** “A la propiedad y a la herencia”.
- 17.** “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”.
- 18.** “A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional”.
- 19.** “A su identidad étnica y cultural”.
- 20.** “A formular peticiones, individual o colectivamente”.
- 21.** “A su nacionalidad”.
- 22.** “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su

vida”. **23.** “A la legítima defensa”. **24.** “A la libertad y a la seguridad personales”. De dicho precepto constitucional, numeral 1, se evidencia la salvaguarda de la identidad, la integridad moral, síquica y física y bienestar de la persona humana.

En ese sentido, resulta fundamental señalar lo prescrito en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, de modo siguiente: “**La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga** o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Esto es, se precisa expresamente que los Derechos Constitucionales son *Númerus Apertus*, sujeto a la posibilidad de apertura y/o incorporación de derechos fundamentales que estén, entre otros, vinculados con “la dignidad de la persona”.

De mismo modo, el artículo 55° de la Constitución Política del Perú prescribe: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. A su turno, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política refiere con respecto a la Interpretación de los derechos fundamentales lo siguiente: “Cuarta.- **Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales** sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional ha establecido con respecto a los derechos fundamentales lo siguiente:

“(…) tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia,

inmediatamente aplicable al interior del Estado” (STC N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 22, 08/11/2005).

Asimismo, se ha señalado que “los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)” (STC N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 23, 08/11/2005).

El capítulo I de la Constitución Política de 1993 aborda los derechos y libertades de la persona. Así el artículo 1° señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Se desprende de dicho mandato constitucional la protección de la persona y su dignidad. “Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas, y por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político como del modelo económico y social” (Soza, S/F, P. 10).

En virtud de lo detallado precedentemente, es necesario resaltar que los Derechos Humanos tienen un vasto repertorio normativo, prescrito taxativamente en el marco constitucional nacional como derechos fundamentales. No obstante, la Constitución Política en el artículo 2° detalla una gama de derechos fundamentales de la persona humana, lo cual no debe interpretarse como un repertorio cerrado de derechos fundamentales, toda vez que el artículo 3° del mismo precepto constitucional, salvaguarda los derechos implícitos (*numerus apertus*); asimismo, se promueve la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional de conformidad al artículo 55° y cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política de 1993. Siendo así, la protección y desarrollo de la

debida motivación, previsto en el artículo 139°, numeral 5, de la Constitución Política constituye un derecho fundamental y no solo un principio de la función jurisdiccional; en mérito a la normatividad internacional, esto es, los tratados y acuerdos internacionales del cual el Perú es parte.

1.8. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Con respecto a los Derechos Fundamentales el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“No todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de **contenido esencial** al derecho fundamental a la pensión. Solo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como **contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales**, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran” (“STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120”).

El Tribunal Constitucional identifica “un contenido esencial, contenido no esencial y contenido adicional”. La primera sería el núcleo duro, no sujeto a modificación alguna; mientras que la segunda y la tercera estarían sujetos a cambios, por cuanto corresponde al núcleo no duro de la Constitución.

Igualmente, el Tribunal Constitucional “ha indicado que ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: **a)** cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, **b)** cuando la limitación del elemento *no esencial* del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)” (“STC N° 0004-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 7, 21/09/2004”). Con respecto a dicho extremo, Castillo Córdova “señala que ello es equivocado, toda vez que los derechos fundamentales no tienen un contenido no esencial. En ese sentido, se puede concluir que el contenido de los derechos fundamentales es un solo contenido y todo esto es esencial en la medida de que nace de la naturaleza y la misma esencia del derecho; en consecuencia, el contenido de un derecho constitucional no puede estar sujeto a ninguna limitación ni restricción”.

Por otro lado, el mismo Tribunal Constitucional también ha prescrito que:

“Los Derechos fundamentales en el caso peruano, no se agotan en la enumeración taxativa del Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado *Derechos Fundamentales de la Persona*, sino que a través de la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, todos los derechos fundamentales son a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales” (STC N° 1417-2005-PA/TC, Fundamento 2-4, 12/07/2005). Que, “la dogmática describe, a través de la interpretación y sistematización, el derecho positivo vigente” (Navarro y Moreso, 1997; 2004, P.106). En ese sentido, “la

dogmática busca esclarecer qué es lo que dice el derecho vigente, cuál es su sentido” (Larenz, 2001, P. 183-192).

En esa línea de ideas, se colige que el máximo intérprete de la Constitución “ha usado la teoría del contenido esencial con distintos objetivos procesales, los mismos que han evolucionado con el transcurrir de los años: **(i)** En un primer momento, el Tribunal Constitucional en sus sentencias empleaba el término de **Contenido esencial** (sin indicar otros contenidos), únicamente su enfoque estaba orientado a determinar su competencia jurisdiccional a situaciones no previstos por la Ley, y las mismas deberían ser conocidas vía amparo; **(ii)** A la postre, se advierte que utilizaba la teoría completa del **contenido esencial** y sus otros contenidos para establecer la transcendencia de la intervención legislativa en la regulación de derechos fundamentales; y, **(iii)** Por último, se emplea la teoría del contenido esencial para fijar los supuestos que ameriten la suspensión o restricción de un derecho fundamental” (“Sentencias 4677-2004-PA, 2802-2005-PA/TC, 3330-2004-AA/TC”).

Sin embargo, un sector de la doctrina señala que los Derechos Fundamentales tienen un contenido único y homogéneo, toda vez que está vinculado de manera general a todos los destinatarios, en vista que vincula de forma total al poder público en general y también al legislador de forma particular. Siendo así, no se debe postular a un enfoque del contenido esencial y no esencial de los Derechos Fundamentales, sino más bien, se debe postular a la idea de un único contenido que es inseparable por su naturaleza ontológica, jurídica y humana; en consecuencia, dicho contenido no se limita más bien se delimita.

1.9. LÍMITES O DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El máximo intérprete de la Constitución ha señalado que “en definitiva, el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un

verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales” (STC N° 00014-2002-PI/TC, Fundamento 97).

Si bien es cierto, el contenido de los derechos fundamentales no se puede limitar, pero también es cierto que no resultan ser ilimitados. Tomando en consideración que los derechos fundamentales no son absolutos, toda vez que cada uno tiene un contenido jurídicamente determinado. Que, “todos los derechos fundamentales nacen limitados, porque se ejercitan dentro del marco de la sociedad. En otros términos, la relatividad de los derechos fundamentales es consustancial a su propia naturaleza. El orden democrático, por consiguiente, es instrumento de la libertad justamente en cuanto organiza su ejercicio, ya que hoy día no es posible concebir a los derechos fundamentales como exentos de reglamentación por parte del Estado” (Hernández, S/F, P. 39).

Que, “los derechos humanos dialécticamente tienen un contenido limitado delimitable, pero dentro de su limitación dicho contenido es ilimitable, es decir, es absoluto. Este contenido único empieza a delimitarse desde la norma constitucional, lo cual significa: Primero, que hay que fijarse en el precepto constitucional que recoge el derecho fundamental. Segundo, complementariamente, toda normatividad constitucional se interpreta sistemática, armónica y coherentemente como un todo orgánico, en virtud del principio de unidad y sistematicidad de la Constitución. Tercero, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que cada vez que se intente interpretar la norma constitucional, se debe recurrir a la norma internacional sobre Derechos Humanos vinculantes para el Perú, complementariamente a la que los Tribunales Internacionales hayan interpretado sobre la norma internacional. Cuarto, se debe recurrir a los

elementos teleológicos, es decir, la parte valorativa de la Constitución que sostiene el techo ideológico democrático de la misma, que es el sustento de la dignidad nacional. Quinto, debe evaluarse las circunstancias concretas del caso concreto, esto quiere decir que el contenido de un derecho fundamental no puede quedar definido de antemano y para siempre en la norma constitucional, sino que el contenido terminará de definirse teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto” (Soza, S/F, P. 19).

1.10. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.10.1. Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales

1.10.1.1. Alcances de Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales

Que, “se parte del precepto basado en la distinción convencional entre derechos fundamentales, como derechos reconocidos en la Constitución, y derechos humanos, como atributos subjetivos reconocidos en los tratados” (Alexy, 2000, P. 37). Siendo así, los derechos humanos se encuentran tutelados a través de instancias nacionales y supranacionales. Según Guastini, “en derecho, la interpretación es típicamente reformulación de los textos normativos de las fuentes. La interpretación tiene como objeto normas. Interpretar es decidir el significado de un texto legislativo” (1999, P.12).

En ese sentido, “la interpretación de los derechos fundamentales tiene relación con la interpretación de la Constitución, porque su reconocimiento viene a ser primordial en toda Ley Fundamental y su interpretación amerita un tratamiento especial; esto es, se tratan de normas que tienen una textura abierta, son de un alto contenido valorativo y están dotadas de un grado importante de abstracción y generalidad” (Carpio, 2004, P.

463). Asimismo, se señala que “la auténtica especialidad de la interpretación Constitucional radica en que los mandatos Constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador, y ambos pueden llegar a soluciones divergentes” (Alonso García, 1982, como se citó en Díaz Revorio, 2008, P. 11). Asimismo, “en la interpretación jurídica el signifiante es la disposición, y el significado es la norma” (Díaz Revorio, 2008, P. 8).

A su turno, Aníbal Quiroga León señala: “(...) ya no se considera solo a la Constitución como ese vértice superior del ordenamiento jurídico, sino que además de norma jurídica es, y por, sobre todo, norma política continente de principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de la Nación, los que por su propia naturaleza y finalidad han de tener una vigencia históricamente dinámica, cambiante con el desarrollo del país” (1985, P. 324).

En virtud de lo expuesto, se concluye que la interpretación de los derechos fundamentales requiere la interpretación de la Constitución, de cuya labor ardua y privilegiada se encarga el Tribunal Constitucional, cumpliendo un rol protagónico, siendo el máximo intérprete de la Constitución y guardián de los derechos fundamentales. Sin embargo, también la Constitución es interpretada por los operadores jurídicos y el constituyente. En ese sentido, la interpretación constitucional consiste en establecer el alcance y sentido del precepto constitucional para su aplicación correspondiente, dicha interpretación resulta ser compleja, toda vez que la normativa constitucional no presenta jerarquía, se encuentra en un mismo nivel, lo que usualmente genera conflictos en su interpretación; tomando en consideración que la Constitución es históricamente dinámica.

1.10.1.2. Principios de Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales

De acuerdo al máximo intérprete de la Constitución, “la finalidad de la interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales consiste en que la Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución)” (“STC N° 0030-2005-AI/TC, Fundamento 40, 10/02/2006”).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional refiere con respecto a la interpretación con respecto al Derecho Internacional que “los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (STC N ° 00218-2002-HC/TC, Fundamento 2, 03/08/2002).

En esa línea de ideas, se desprende de lo señalado que la interpretación comprende dos esferas que están concatenadas para alcanzar su finalidad (“protección de los derechos fundamentales”); primero, la interpretación constitucional amerita tomar en consideración la Constitución como norma

suprema (objetivo-estructural y subjetivo-institucional) no soslayándose de ningún modo la dignidad humana; segundo, lo estipulado en la Constitución Política debe interpretarse conforme a los tratados internacionales.

El tribunal Constitucional ha esbozado varios “principios de interpretación Constitucional”, los mismos que se detallan a continuación:

a) Principio de concordancia práctica

El Tribunal Constitucional señala que “en virtud del principio de concordancia práctica toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta *optimizando* su interpretación, es decir, sin *sacrificar* ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, se encuentra reconducido a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana” (“STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.b, 08/11/2005”).

Asimismo, Javier Díaz Revorio con respecto al principio de concordancia práctica ha precisado que según dicho principio “los conflictos posibles entre preceptos constitucionales no deben resolverse en base a la supuesta superioridad de alguno de ellos y el sacrificio de otros, sino mediante la ponderación, en cada caso concreto, que permita una cierta realización de los principios en tensión” (2008, P. 18).

En ese sentido, en la interpretación de un conflicto de la normativa constitucional, resulta preponderante evitar sacrificar un precepto constitucional en desmedro de otro, más bien, se debe aplicar la ponderación a efectos de analizar cada caso concreto.

b) Principio de corrección funcional

El máximo intérprete de la Constitución con respecto al principio de corrección funcional señala que “supone exigir al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado” (“STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.c, 08/11/2005”).

Que, “El principio de corrección funcional, también conocido como conformidad funcional, restringe las competencias y potestades otorgadas por la Constitución a las instituciones políticas que reconoce” (HAKANSSON, 2009). Igualmente, Hakansson ha indicado que “el principio de corrección funcional se sustenta en la teoría de la separación de poderes, ya que su aplicación se encuentra más cercana a las instituciones que conforman la llamada parte orgánica de una Constitución; en otras palabras, el principio promueve el respeto a las funciones reservadas por la Carta Magna a cada institución política evitando la invasión de otra y, por otro lado, también impide la interpretación cerrada, literal, y pensar que una institución constitucional (Congreso, Presidencia de la República, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras) pueda ejercer una atribución con carácter absoluto si trae como resultado la afectación de los derechos humanos” (HAKANSSON, 2009).

A su turno, Díaz Revorio ha señalado que “el principio de corrección funcional implica el respeto a la distribución de poderes y funciones que deriva de la propia Constitución” (2008, P. 18).

En mérito a lo expresado precedentemente, se concluye que el principio de corrección funcional amerita tomar en consideración en la interpretación Constitucional el equilibrio de los poderes, respetando su independencia y ejercicio pleno, con el propósito de garantizar el normal desarrollo de los “derechos fundamentales”.

c) Principio de fuerza normativa de la Constitución

Según el Tribunal Constitucional que de conformidad al “principio de fuerza normativa de la Constitución, la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, al propio Tribunal Constitucional) y a la sociedad en su conjunto” (“STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.e, 08/11/2005”).

Según Díaz Revorio, “el principio de fuerza normativa de la Constitución presupone el carácter jurídico y vinculante de cada uno de sus preceptos” (2008, P. 18).

En virtud de lo expuesto, se colige que la carta magna constituye en su esencia, el carácter jurídico y vinculante, la misma que tiene impacto en el poder público y la sociedad en general.

d) Principio de función integradora

El máximo intérprete de la Constitución señala que conforme “al principio de función integradora el *producto* de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad” (“STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.d, 08/11/2005”).

El principio de interpretación constitucional “apunta hacia el objeto mismo del Derecho: nos referimos a la resolución de conflictos” (Gonzales, 2017, P. 89).

e) Principio de unidad de la Constitución

Que, el Tribunal Constitucional indica que “el principio de unidad de la Constitución se refiere a que la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un «todo» armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (“STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.a, 08/11/2005”).

Asimismo, Díaz Revorio ha señalado que “el principio de unidad de la Constitución, supone considerar a esta como un todo que se sitúa en la cúspide del Ordenamiento y debe presidir, a su vez, la interpretación de este” (2008, P. 18). A su turno, Rubio Correa precisa que “según este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido” (2005, P.309).

Lo cual permite colegir que, según el “principio de unidad de la Constitución”, la normatividad constitucional no es susceptible de ser interpretado de manera aislada, más bien debe ser interpretada como una unidad o como un todo.

f) Test de igualdad

El máximo intérprete de la Constitución sostiene que “el principio de Test de Igualdad contiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto” (STC N° 0045-2004-AI/TC, Fundamento 32, 31/03/2006). Igualmente, refiere que, “en función de estos principios, el Tribunal Constitucional ha desarrollado un test para merituar la

vulneración a la igualdad. En este sentido, los pasos del test son las siguientes: a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación, b) determinación de la *intensidad* de la intervención en la igualdad, c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin), d) Examen de idoneidad, e) Examen de necesidad, y f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación” (STC N° 0045-2004-AI/TC, Fundamento 32, 31/03/2006).

Asimismo, Edwin Figueroa Gutarra (2014) señala que “este test implica, a pesar de sus características procedimentales, una connotación valorativa”. En consecuencia, conforme sostiene Prieto Sanchís: “Los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades y desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas” (1995, P. 24).

En esa línea de ideas, se colige que el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de procedimientos a efectos de analizar el derecho a la igualdad, tomando en consideración que el precepto normativo no debe permitir de ningún modo actos de discriminación. Siendo así, si se advierte en la normatividad la existencia de “un trato diferenciado entre determinados” usuarios, resulta necesario argumentar las razones de prohibición de discriminación.

g) Principio de proporcionalidad

La “Corte Constitucional de Colombia señala que el principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que

admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia” (Sentencia C-070 de 1996, fundamento 11, 22/02/1996).

Asimismo, El Tribunal Constitucional peruano ha expedido varias sentencias que abordan el principio de proporcionalidad, las que detallan a continuación:

- Test de proporcionalidad – contenido

El Tribunal Constitucional manifiesta: “El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” (STC N° 0050-2004-AI/TC (acumulados), Fundamento 109, 02/02/2006).

- Test de proporcionalidad – juicio de adecuación

Que, el máximo intérprete de la Constitución indica que “el principio de idoneidad o juicio de adecuación consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será

inconstitucional” (“STC N° 0045-2004-AI/TC, Fundamento 38, 31/03/2006”).

- Test de proporcionalidad – juicio de necesidad

El Tribunal Constitucional precisa que en “el test de proporcionalidad – juicio de necesidad ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad a aquellos utilizados para alcanzar el fin constitucionalmente válido. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. De existir otras vías manifiestamente menos dañosas para el derecho fundamental a aquella medida por la que optó el legislador, este resultará inconstitucional” (STC N° 0045-2004-AI/TC, Fundamento 39, 31/03/2006).

- Test de proporcionalidad- finalidad constitucionalmente válida

El máximo intérprete de la Constitución señala que “por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. La protección de fines constitucionalmente relevantes es requisito para la validez de una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales” (STC N° 0045-2004-AI/TC, Fundamento 23, 31/03/2006).

- Test de proporcionalidad- juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Según el Tribunal Constitucional “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación

entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental” (“STC N° 0045-2004-AI/TC, Fundamento 40, 31/03/2006”).

1.10.1.3. Métodos tradicionales de interpretación constitucional

Javier Díaz Revorio (2008), citando a Savigny, manifiesta que existen distintos criterios o métodos tradicionales de interpretación jurídica, los mismos son aplicados en la interpretación Constitucional debido a su generalidad, estos son: “el gramatical, el lógico, el sistemático, el evolutivo y el histórico”.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional ha señalado que “los métodos de interpretación constitucional no se agotan en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (**literal, teleológico, sistemático e histórico**), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional tales como el de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y de fuerza normativa de la Constitución” (“STC N° 5854-2005-AA/TC, Fundamento 12, 08/11/2005”).

a) Método literal o gramatical

Según Javier Díaz Revorio, “se basa en el *sentido propio de las palabras*, esto es, en la dicción literal del texto, y es un imprescindible punto de partida en toda interpretación jurídica, y por tanto también en la interpretación constitucional” (2008, P. 14). Asimismo, según el método literal, “las normas deben ser interpretadas según su propia textualidad” (León Pastor, 2000, P. 17).

b) Método sistemático

Según Javier Díaz Revorio, “el criterio sistemático en sentido amplio engloba tres argumentos: el argumento a coherencia, según el cual los enunciados legales han de interpretarse teniendo en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles; el argumento sedes materiae, por el que se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa el texto normativo del que forma parte; y el argumento sistemático en sentido estricto, que atribuye un significado normativo a un enunciado teniendo en cuenta otros preceptos o normas, esto es, contexto (jurídico)” (2008, P. 14-15)

c) Método teleológico

Javier Díaz Revorio señala que “el método teleológico es la que busca el significado de un precepto de acuerdo con su finalidad, y posee también relevancia a la hora de interpretar el texto constitucional. Sin perjuicio de que cada precepto constitucional puede tener su finalidad, hay que destacar que hay un sistema constitucional de valores y principios que determinan los fines de la Constitución y el resto del ordenamiento” (2008, P. 16). El método teleológico, “se preocupa por establecer la relación eficiente entre el fin de la norma y ella misma como un medio para alcanzarlo” (León Pastor, 2000, P. 18).

d) Método histórico

Según Javier Díaz Revorio “en el caso de la norma fundamental, nos referimos a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación” (2008, P. 15). El método histórico “estudia los contextos socio jurídicas que constituyen los antecedentes de las normas jurídicas materia de la

interpretación con el fin de atribuirles un sentido a dichas normas en las circunstancias actuales, pues lo que se trata es tener su contenido presente, acorde con las condiciones sociales y jurídicas vigentes” (Gonzales, 2017, P. 86).

e) Método evolutivo

Según Javier Díaz Revorio “(...) la Constitución tiene una especial pretensión de permanencia y estabilidad, como norma fundamental y suprema de un sistema político y social, y esta permanencia no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase. Por ello, se ha destacado la importancia de una interpretación evolutiva del texto normativo supremo, que lo vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas..., sin bien sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos” (2008, P. 17).

Siendo así, "la interpretación surgida del texto literal de la norma (interpretación gramatical), la surgida de su contexto (interpretación sistemática), la derivada de su finalidad (interpretación teleológica), y finalmente, la procedente de los materiales legislativos y antecedentes (interpretación histórica)" (Quiroga, 1985, P. 329)

1.10.1.4. Criterios de Interpretación de los Derechos Fundamentales

Existen diferentes criterios de interpretación de los derechos fundamentales; sin embargo, resulta difícil determinar sus alcances, porque los mismos están sujetos a modificación; asimismo, se contraponen eventualmente.

1.10.1.4.1. Interpretación conforme a la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (La Convención Americana de Derechos Humanos)

Que, “el enunciado interpretación conforme a la Constitución se refiere al principio interpretativo por el cual,

entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional” (Miranda y otro, 2014, P. 74).

Guastini (2006), en relación “a la interpretación conforme, refiere a sentir que las leyes ordinarias deben ser interpretadas de tal forma que su contenido normativo se vuelva coherente con la Constitución previamente interpretada”; siendo así, resulta necesario “realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo) significa armonizar la norma nacional con la convencional” (Ferrer, 2011, P. 343).

A la par, Ferrer señala que “la cláusula de interpretación conforme es una técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para lograr su mayor eficacia y protección” (Ferrer, 2011, P. 358). Igualmente, el autor aludido refiere que “la cláusula de interpretación se convierte en la clave para lograr la máxima efectividad de los derechos humanos” (2011, P. 345).

a) Definición de Principios

Que, “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Miranda y otro, 2014, P. 73). En ese sentido, “los principios son mandatos de optimización, y como tales, se caracterizan, porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades

fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas” (Alexy, 2012, P. 350).

Los principios, usualmente, están prescritos en el ordenamiento jurídico; estos son abstractos y generales; asimismo, ocasionalmente, están implícitos y tienen como propósito proteger determinados fines.

Por otro lado, Carbonell señala que “los principios son normas en alguna medida abiertas, a partir de cuya lectura el intérprete no puede saber con total certeza el campo de aplicación de los mismos, ya sea porque no está definido el perímetro material que intentan regular o porque no está claro en qué casos pueden o no aplicarse” (2013, P. 93)

b) Características de la *Interpretación Conforme*

Ferrer Mc-Gregor anota ciertas características particulares de la *interpretación conforme*, las mismas que se detallan a continuación:

- (i) Que, “los destinatarios de esta cláusula constitucional son todos los intérpretes de las normas en materia de derechos humanos”.
- (ii) Que, “resulta obligatoria en todo caso que involucre normas de derechos humanos, lo que implica que es un mandato constitucional no disponible por el intérprete”.
- (iii) Que, “el objeto materia de la interpretación conforme no se restringe exclusivamente a los derechos humanos de rango constitucional, sino también comprende a los derechos infraconstitucionales, y a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales específicos de la materia, sino también a aquellos derechos humanos previstos en cualquier tratado internacional; a normas de tipo sustantivas, sino también a las de carácter adjetivo”.

- (iv) Que, “la expresión tratados internacionales contenida en dicha cláusula comprende la connotación amplia del término otorgado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.
- (v) Que, “la expresión tratados internacionales comprende la interpretación que establezcan los órganos que el propio tratado autoriza para su interpretación”.
- (vi) Que, “la cláusula contiene un principio de armonización entre la Constitución y el tratado internacional”.
- (vii) Que, “el criterio hermenéutico incorpora el principio pro-persona”.
- (viii) Que, “esta pauta interpretativa debe complementarse con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.
- (ix) Que, “la cláusula de interpretación conforme guarda una estrecha relación con el control difuso de convencionalidad” (2011, P. 363-367).

En definitiva, la *interpretación conforme* formal y materialmente sirve para tutelar los derechos y libertades, estos deben estar conforme con los convenios internacionales, toda vez que se pretende insertar a los tribunales nacionales el bagaje (contenido) e interpretación autorizada por entes internacionales; siempre en cuando, los derechos humanos se resguarden con mayor amplitud y mejor protección, es cuando debe aplicarse sin mayor reparo.

En virtud de lo prescrito en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad

con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En ese orden de ideas, como ha destacado el Tribunal Constitucional “el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones” (“STC N° 5854-2005-PA, Fundamento 28”).

1.10.1.4.2. Principio pro-hominis

El principio pro hominis, según Mónica Pinto (1997 como se citó en Carpio, 2004, P. 473) es un “(...) criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”.

Que, “este principio esencial en la interpretación de los derechos fundamentales y que puede ser denominado también como la *regla de la preferencia*, significa básicamente que, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que

conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”. Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, “el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho (...)” (STC N° 1003-1998-AA, Fundamento 3).

En ese sentido, “el principio *pro homine* abarca la preferencia interpretativa (directriz de preferencia interpretativa) y directriz de preferencia de normas. La directriz de preferencia interpretativa consiste en que el intérprete de los derechos debe hacer que la interpretación permita optimizar en su máxima expresión un derecho constitucional. Mientras que la directriz de preferencia de normas consiste en que, ante un caso a debatir, el juez (...) tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico” (Sagüés, S/F como se citó en Carpio, 2004, P. 472).

El principio en mención de interpretación de los derechos fundamentales, está previsto en el inciso b) del artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual señala del modo siguiente: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”; desde esa perspectiva, se tiene que de conformidad al artículo 55° de la Constitución Política del Perú, tal precepto normativo es parte del derecho nacional.

Igualmente, con carácter general, la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, esto es, el principio “*pro homine*, en la versión de directriz de preferencia interpretativa, se encuentra amparado en la Constitución Política en el numeral 9 del artículo 139^o”, que señala expresamente: “El principio de inaplicabilidad por analogía (...) de las normas que restrinjan derechos”. En ese sentido, mediante la cláusula en mención, “se afirma que los derechos no pueden considerarse como exento de límites, esto es, con carácter absoluto, sino susceptibles de ser restringidos. No obstante, el criterio en cuestión impone que tales restricciones, además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, deban interpretarse siempre de forma restrictiva, precisamente por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales” (Pérez Tremps, 2001 como se citó en Carpio, 2004, P. 474).

Lo cual permite colegir, que el pleno ejercicio de un derecho debe darse siempre dentro de los límites a las que se encuentra sujeto como tal. En ese sentido, el juzgador debe preferir la interpretación jurídica o la normatividad más favorable al ser humano, esto con total independencia de la jerarquía normativa o del origen nacional o internacional del ordenamiento jurídico; es decir, se debe interpretar el ordenamiento jurídico de la forma más favorable a la persona.

1.10.1.4.3. Principio pro libertatis

El principio pro libertatis, según Néstor Pedro Sagüés permite entender al mandato normativo en el sentido más favorable a la libertad en juego en un doble sentido, esto es: “(i) Las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales no deberán ser interpretadas

extensivamente, sino, siempre de modo restrictivo. (ii) Su correlato, es decir, que el operador deba interpretar la norma de manera que mejor optimice su ejercicio, pues cada disposición constitucional, como señala Haberle, está dirigida a la realidad y, en ese sentido, está solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material” (S/F como se citó en Carpio, 2004, P. 471). Desde este enfoque, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que “(...) la interpretación de la resolución materia de cuestionamiento resulta acorde con los principios *pro homine* y *pro libertatis*, según los cuales, ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio” (STC N° 02061-2013-PA/TC, fundamento 5.11, 13/08/2014).

Siendo así, se desprende que “la función de una norma constitucional y en particular de un derecho fundamental”, a efectos de interpretación, se debe otorgar preferencia al despliegue de la eficacia normativa acorde a cada realidad.

1.10.1.4.4. Principio Indubio Pro Operario

El principio *indubio pro operatio* está prescrito en el numeral 3 del artículo 26° de la Constitución Política de 1993, del modo siguiente: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”; lo cual es una variante de directriz de preferencia interpretativa y variante preferencia de normas.

Se desprende del precepto constitucional precitado, que el operador jurídico en caso de conflictos de normas, es

decir, ante la existencia de dos sentidos interpretativos, se debe optar por el que más beneficia al trabajador, toda vez que se considera al trabajador como la parte más débil en la relación de trabajo. “La aplicación de este criterio interpretativo en materia laboral, pues, presupone la existencia, al menos, de una disposición (legal o constitucional), a la cual quepa adscribir, a su vez, cuando menos dos sentidos interpretativos divergentes” (Carpio, 2004, P. 475).

Del mismo modo, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que “el principio de favorabilidad en materia laboral, hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que les sea más favorable (in dubio pro operario)” (“STC N° 00016-2008-PI/TC, fundamento 11”).

Igualmente, “en la doctrina laboral se sostiene que el principio *pro operario* que la norma jurídica aplicable a las relaciones de trabajo y de Seguridad Social, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador o beneficiario” (Alonso y otra, 2001, P. 971).

1.10.1.4.5. Principio Pro Actione y derecho a la tutela procesal efectiva

Si bien es cierto, el principio *Pro Actione* no se encuentra expresado concretamente en la disposición Constitucional; sin embargo, dicho principio constituye parte del “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. Es más, está prescrito como tal en el artículo 45° del Código Procesal Constitucional, según dicho precepto normativo “en caso de duda, sobre el

agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “en aplicación del Principio *Pro Actione*, que establece que, ante la duda sobre los requisitos y presupuestos procesales, estos siempre deberán ser interpretados en el sentido más favorable a la plena efectividad de los procesos constitucionales” (STC N° 02596-2010-PA/TC, fundamento 3, 06/12/2010). Del mismo modo, “el principio *pro actione* exige que la aplicación de una disposición que anida una pluralidad de normas (significados interpretativos), todas ellas compatibles con la Constitución, se realice conforme a aquella que mejor optimiza el ejercicio y goce del derecho fundamental de naturaleza procesal que pueda estar en cuestión” (STC N° 00649-2013-PA/TC, fundamento 5).

Siendo así, se concluye que “el principio *pro actione* deriva del principio *pro homine*, como tal a través de este principio se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción” (“STC N° 2302-2003-AA/TC, fundamento 3, 13/04/2005”).

1.10.1.4.6. Principio de Posición preferente de los derechos fundamentales

Que, “los derechos fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva estrictamente formal, ello se deriva de la ubicación de los derechos dentro del texto Constitucional y,

desde una perspectiva material, de la instrumentalidad del ordenamiento estatal para con su respeto” (Carpio, 2004, P. 477).

A su turno, Pérez Tremps (S/F, como se citó en Carpio, 2004), “los derechos fundamentales son el reflejo jurídico de los valores éticos de libertad y dignidad básicos en la sociedad democrática”. En ese sentido, el principio aludido muestra la existencia de ciertos derechos fundamentales que son axiológicamente más importantes que otros, de tal modo que, ante un conflicto de derechos, el magistrado debe optar por salvaguardar el derecho de mayor valor. Lo cual, implica limitar o restringir el normal ejercicio de un derecho constitucional; no obstante, se debe precisar que es muy diferente disminuir o suprimir su vigencia, esto es, la simple limitación de un derecho no necesariamente amerita la disminución o supresión del derecho que es materia de debate, sino que únicamente se establecen las condiciones en las que debe desarrollarse el ejercicio del derecho en un caso concreto, aplicando la técnica de ponderación.

Así, por ejemplo, el derecho fundamental a la libertad de expresión permite efectuar declaraciones en los medios de comunicación, sin que la misma, previamente, sea autorizada o censurada. El mismo Tribunal Constitucional ha precisado:

“(…) en un Estado democrático, la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social; sin embargo, ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva

una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos (...) toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado (STC N° 02465-2004-PA/TC, fundamento 16).

En ese sentido, “los derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto; no obstante, lo mencionado en el artículo 32 in fine de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su contenido fundamental” (STC N° 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 38, 03/06/2005).

1.10.1.4.7. Principio de Mayor protección de los derechos fundamentales

Se sostiene Antonio Ruggeri (2002, como se citó en Carpio, 2004) que “la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950, no puede considerarse como la que brinda una mayor protección de los derechos fundamentales, sino únicamente la que contiene un standard mínimo, por debajo de la cual no pueden reconocerse derechos fundamentales en las constituciones nacionales, pero sí encontrarse la posibilidad de otorgarles un mayor nivel de protección”.

Asimismo, “se ha considerado en el Perú que las normas constitucionales, en ciertos casos, solo contienen un standard mínimo de protección, que pueden ser ampliados en

función de lo que se haya establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte y, en particular, en la Convención Americana. Ello ha sido posible tras considerarse que uno de los sentidos en los que cabe entender su IV Disposición Final y Transitoria es que en la Constitución solo se han enunciado los derechos constitucionales, de manera que la comprensión de su contenido, los alcances y límites a los cuales estén sujetos, el operador judicial debe encontrarlos en las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos” (Carpio, 2004, P. 489).

El Tribunal Constitucional ha señalado que de “conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región” (STC N° 217-02-HC/TC, fundamento 2, 17/04/2002).

La protección de derechos fundamentales está sujeto a la normatividad nacional, pero también estos derechos en su protección real, pueden ser ampliados conforme a la normatividad internacional del cual el Perú es parte.

1.10.1.4.8. Principio de Fuerza expansiva de los derechos fundamentales

Se sostiene que “el intérprete de los derechos fundamentales, en efecto, no puede perder de vista que es en la Constitución -y en las fuentes a las que ella remita- donde, *prima facie*, tiene que hallarse el contenido constitucionalmente protegido de un derecho y, en general, el régimen jurídico al cual se encuentra sometido” (Carpio, 2004, P. 490).

El “principio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales” permite avizorar como herramienta ciertas perspectivas, las que se detallan a continuación:

a) **La titularidad de los derechos fundamentales**

Que, “el ser humano es el titular de los derechos fundamentales que la Constitución Política le reconoce como tal”, de conformidad al numeral 1) del artículo 2°.

b) **Eficacia (vertical y horizontal) de los derechos fundamentales**

El “principio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales” señala que los derechos fundamentales no deben únicamente comprenderse como derechos públicos subjetivos (se contraponen al Estado y a sus poderes públicos); sino que deben entenderse también como aquellos derechos subjetivos que se propenden entre particulares.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional sostiene: “En el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que puedan provenir tanto del propio Estado (**eficacia vertical**) como de los particulares

(**eficacia horizontal**), más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual (**dimensión subjetiva**), sino también del orden objetivo de valores que la Constitución incorpora (**dimensión objetiva**)” (STC N° 4063-2007-PA/TC, fundamento 9).

c) Límites de los derechos fundamentales

Que “los derechos fundamentales, en cuanto elementos de un ordenamiento como lo es la Constitución, están sujetos a límites, ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su misma clase, ya sea con la finalidad de permitir la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales” (Carpio, 2004, P. 494). Se sostiene que, en un Estado Constitucional de Derecho, por regla general, los derechos pueden limitarse; excepto, algunos derechos que suelen considerarse absolutos (derecho a no ser torturado).

Siendo así, con el criterio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales se atribuye al intérprete, en relación a la limitación de un derecho, la labor de comprobar que los límites, se encuentren conforme a la Constitución Política; asimismo, se debe tomar en consideración la limitación legal, “ya sea por efectos del principio de reserva de ley o por la aplicación subsidiaria del principio de legalidad², previsto en el ordinal a), numeral 24, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

1.10.1.4.9. Principio de Ponderación de los derechos fundamentales

Las relaciones entre interpretación y ponderación se presuponen uno al otro y viceversa. Según Gino Scaccia (1998, como se citó en Carpio, 2004):

“La interpretación, en efecto, recae sobre una disposición constitucional. La ponderación (actividad), en cambio, sobre intereses o bienes que esas disposiciones contienen. En un caso de colisión entre derechos fundamentales, habitualmente se parte por identificar los bienes o intereses en conflicto (*balancing* actividad), se realiza la interpretación de las disposiciones que los reconocen (interpretación), se advierte las circunstancias del caso y, luego, se procede a realizar el balanceamiento de los intereses a fin de brindar una solución al caso (*balancing* producto)”.

La ponderación admite colisión entre derechos fundamentales; dichos conflictos y su imperiosa necesidad de dar solución a través de la ponderación, es una de las formas modernas constitucionales de resolverlos, donde coexisten derechos fundamentales del mismo peso y bienes jurídicos individuales o colectivos de equivalente rango. En ese sentido, como señala Robert Alexy (S/F, como se citó en Carpio, 2004), “el concepto de colisión entre derechos fundamentales puede entenderse con un doble alcance: en sentido estricto, cuando la colisión se produce exclusivamente entre derechos fundamentales. En sentido amplio, en cambio, cuando tal colisión se produce con otros bienes o valores del mismo rango”. Igualmente, Robert Alexy señala que, “las colisiones entre derechos fundamentales, se definen como colisión de principios. Y el procedimiento que sirve para solucionar la colisión de principios no es otro que la ponderación. Principios y ponderación son dos aspectos de la misma cosa. El primero es de carácter teórico normativo; el otro, de carácter metodológico”.

A su turno, Guastini indica que, “ponderar no quería decir tanto balancear o encontrar un punto de equilibrio, sino, sobre todo, sacrificar un principio a favor del otro” (2001, P. 146).

1.10.1.4.10. Principio de Progresividad y derechos Sociales

Que, el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales está prescrito en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del modo siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (...)”.

Asimismo, el principio en mención está prescrito en el artículo 2°, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual señala: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En el ámbito nacional, los derechos fundamentales, denominados derechos sociales, económicos y culturales, se encuentran previstos, de manera general, en la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, de modo siguiente: “Las disposiciones de la Constitución que

exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican **progresivamente**".

El principio de Progresividad "en su implementación supone la realización de medidas destinadas a hacerlas efectivas, paso a paso, y no que las pocas que se hayan efectuado se desarticulen. Pero, de otro lado, exigen del intérprete efectuar un control, cada intervalo razonable de tiempo, sobre si el letargo estatal (no solo del legislador), acaso no ha culminado en una afectación, por omisión, de la Constitución. Y es que el criterio de progresividad en su implementación no solo no se reduce a evaluar comportamientos regresivos, sino, también, a controlar que dichas cláusulas progresivamente sean implementadas para adquirir su plena eficacia" (Carpio, 2004, P. 529).

1.10.1.4.11. Principio de Proporcionalidad

El principio en mención es un principio constitucional que está prescrito expresamente, en último párrafo del artículo 200° de la Constitución Política, según José María Rodríguez de Santiago (2000, como se citó en Carpio, 2004) "este principio se divide en tres sub-principios o mandatos de parciales":

"Que la medida limitadora obedezca a un fin estrictamente basado en la Constitución, esto es, ha de observarse si el régimen limitativo del ejercicio del derecho tiene relación con aquellos derechos o bienes constitucionales que se buscan optimizar (**examen de adecuación**); que se trate de una medida necesaria o indispensable, es decir, que no exista una alternativa menos gravosa sobre el derecho afectado, que pueda servir también para alcanzar la finalidad pretendida

(examen de necesidad); y, finalmente, el mandato de proporcionalidad en sentido estricto, que exige evaluar si la limitación introducida al derecho constituye una medida equilibrada entre el perjuicio que sufre el derecho limitado y el beneficio que de ello se deriva en favor del bien público (examen de proporcionalidad)”.

Por otro lado, Robert Alexy señala que “en el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo que exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad. Este se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas” (1996, P. 125)

A su turno, el Tribunal Constitucional ha prescrito que “(...) el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como *prohibición de exceso*, comprende, en cambio, tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales” (STC N° 00045-2004-PI, Fundamento 27, 31/03/2006).

El principio de proporcionalidad como test ha sido estructurado a través de los siguientes sub-principios que pueden ser tratados como pasos sucesivos del proceso de interpretación:

“1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación: De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada” (STC N° 00027-2006-PI, Fundamento 73).

2. “Subprincipio de necesidad: Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental” (STC N° 00027-2006-PI, Fundamento 73).

3. “Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu: Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental” (STC N° 00027-2006-PI, Fundamento 73).

1.10.1.4.12. Principio de Ponderación

Según Edgar Carpio Marcos la ponderación es una técnica, la misma que susceptible de distinguirse en ponderación-

actividad o ponderación-procedimiento, esto es, podría ser considerada como una actividad (intelectual o psicológica) de una determinada decisión sobre colisión entre derechos o entre estos y principios. En ese contexto, “la ponderación se traduciría en un modo de argumentar o fundamentar decisiones en derecho, caracterizada por seguir un esquema que se estructura en tres fases: en primer lugar, investigar e identificar los principios en conflicto. (...) responder a dos preguntas: a) si, y por qué extensión, el área de tutela del interés perseguido por la norma impugnada se sobrepone al área que debe ser garantizada por el interés con el cual se lamenta la compresión; b) qué espacio (identificada la zona de sobreposición) queda al ejercicio de alguno de los dos derechos en conflictos. Una vez culminada esta primera fase, el Tribunal Constitucional debe atribuirles el peso o la importancia que corresponda a ambos bienes, conforme a las circunstancias del caso; y, en tercer lugar, decidir sobre la prevalencia de uno de ellos sobre el otro” (2004, 518-519).

El principio de ponderación puede comprenderse también como ponderación-producto, esto es, “como una técnica de argumentación explicitada en una sentencia; a la decisión en sí o, lo que es lo mismo, a la solución correctamente argumentada, conforme al criterio de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio que prevalece” (Rodríguez de Santiago, S/F como se citó en Carpio, 2004, P. 519).

“El *balancing* (ponderación) es uno de los sub-criterios del principio de proporcionalidad para medir las intervenciones estatales en la esfera de los derechos fundamentales” (Carpio, 2004, P. 520). El Tribunal

Constitucional ha precisado que “(...) la ley de la ponderación, según la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (STC N° 579-2008-PA/TC, fundamento 25, 05/06/2008).

1.10.1.4.13. Principio de concordancia práctica

El principio aludido es denominado también principio de armonización, suele ser un criterio de interpretación de la Constitución. Según Hesse (1992, como se citó en Carpio, 2004, P. 518), “este principio requiere del intérprete que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzca colisiones no se debe (...) realizar el uno a costa del otro. En esos casos, se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima”.

Según José María Rodríguez de Santiago (S/F como se citó en Carpio, 2004, P. 518), “el juicio de concordancia práctica exige (imposición positiva) que el punto de equilibrio sea aquel en que los dos principios alcanzan su máximo grado de realización”.

Que, “el principio de concordancia práctica plantea que los bienes jurídicos consignados en la Constitución deben ser objeto de protección y defensa de manera concomitante, de modo que en la solución de un problema político-jurídico todos conserven su identidad e indemnidad. Para tal efecto, se privilegia su ponderación proporcional, para conseguir que se respete el núcleo de cada bien en particular” (García Toma, 2005, 145-146)

Siendo así, se colige que, en caso de conflicto de derechos, estos deben resolverse tomando en consideración

la optimización de cada uno de los derechos, cuidando la identidad e indemnidad particular de cada cual. En ese mismo sentido, ha señalado el Tribunal Constitucional que “en virtud del principio de concordancia práctica toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, se encuentra reconducido a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana” (STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12. b, 08/11/2005).

SUB CAPÍTULO II

LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

2.1. CONCEPTO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Según la Couture “el concepto de la Tutela judicial efectiva o Tutela jurisdiccional efectiva o Tutela jurídica del derecho proviene fundamentalmente del derecho alemán” (S/F, P. 151). Que, “la tutela judicial efectiva conlleva un reclamo para que triunfe el Derecho u objetivamente lo justo, sea a favor de un ciudadano, de una parte de la sociedad o a favor de toda la sociedad. No queda constreñida a un interés particular; aun cuando se busque la protección de un derecho individual. Tampoco está constreñida al derecho local, pues ya se ha escalado al nivel supranacional” (DE VALDIVIA CANO, 2017, P. 5).

Siendo así, se advierte la existencia de dos conceptos de tutela judicial, que coexisten en una correspondencia no siempre de manera armónica. El primer concepto, “el propio del Derecho procesal, en el que la tutela judicial es la actividad de los órganos judiciales

encaminada a la salvaguardia de los derechos e intereses subjetivos amparados por el ordenamiento jurídico, en situaciones en las que aquellos se ven afectados por conflictos surgidos ya en el ámbito de las relaciones sociales (...). En este marco, el órgano judicial cumple con su función de brindar tutela a los derechos e intereses de las personas proporcionando a la controversia la solución adecuada, a través de la aplicación de las normas jurídicas, y previa apreciación de la posición de cada una de las partes afectadas por el caso” (Carrasco, 2020, P. 19-20). El segundo concepto del Tribunal Constitucional, “en el que el derecho a la tutela judicial efectiva, se cumple cuando los órganos judiciales dan una solución razonable a los asuntos, entendiendo que dicha solución debe abarcar los momentos del acceso a la jurisdicción, de la tramitación del proceso, de la resolución del caso y de la ejecución de la sentencia firme” (Carrasco, 2020, P. 19-20).

En ese sentido, se concluye que existen dos tutelas judiciales, la primera es completa y de naturaleza sustantiva, donde los órganos judiciales proporcionan a cada controversia una solución pertinente en función al ordenamiento jurídico; la segunda, resulta ser más limitada, llevado a cabo por el Tribunal Constitucional desde una óptica estructural, donde se requiere que la solución brindada por el órgano judicial esté basada en una argumentación razonable; la misma se comprende como “contenido constitucional del derecho a la tutela procesal efectiva”.

En consecuencia, se colige que “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” comprende dos aspectos, esto es, el ámbito procesal y ámbito material (solucionar la controversia). De la misma forma, significa “la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social, mediante la vigencia de las normas jurídicas” (Chiabra, S/F, P. 74).

2.2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Señalar que “el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental no supone meramente enunciar algo que es evidente mediante la lectura de la Constitución. Supone también entender que la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva debe ser llevada a cabo mediante técnicas hermenéuticas propias del Derecho constitucional” (Carrasco, 2020, P. 19-20). “Los derechos fundamentales pueden ser materiales y procesales” (Marinoni, S/F, P. 321).

Si bien es cierto, “el derecho a la tutela judicial efectiva está vinculado con el acceso al proceso, motivación de las resoluciones judiciales, ejecución y la prohibición de indefensión; sin embargo, ello no comprende y aborda el proceso en su totalidad. Toda vez, que no se puede delimitar el espacio del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero también es cierto, que la perspectiva específica del derecho a la tutela judicial efectiva es exigir al intérprete a evaluar el proceso, esto es, el órgano judicial debe proceder con razonabilidad. El derecho a la tutela judicial efectiva no permite revisar el acierto de las resoluciones judiciales, sino la razonabilidad de la argumentación desarrollada por los órganos judiciales para fundamentar sus resoluciones” (Carrasco, 2020, P. 39).

Que, “se le reconoció el carácter de derecho fundamental a la tutela jurisdiccional (...). Nuestra Constitución, por lo menos la vigente, contempla tanto a la tutela jurisdiccional como al debido proceso como dos derechos consagrados en esta” (Bustamante, S/F, P. 318). Asimismo, “la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental formal y le llamamos *la garantía de las garantías*, porque es la garantía de los demás derechos fundamentales materiales, tales como el derecho a la vida, a la libertad de expresión, huelga, entre otros. Su protección viene precisamente por ese derecho fundamental

formal que es el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que -en definitiva- los primeros garantes de esos derechos fundamentales materiales son los órganos jurisdiccionales, que hablan a través del ejercicio de la jurisdicción” (Chamorro, S/F, P. 320).

En esa línea de ideas, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental amparada por la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales del cual el Perú es parte, se le atribuye la característica de ser “*la garantía de las garantías*”, como tal se manifiesta en el ámbito jurisdiccional.

2.3. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y EN EL PACTO DE SAN JOSÉ

Que, el artículo 139°, numeral 3, de la Constitución Política del Perú de 1993 prescribe como uno de los principios de la función jurisdiccional, lo siguiente: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) **3.** La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (...)”. En esa perspectiva, “la tutela judicial efectiva se divide en cuatro partes: (i) el derecho del libre acceso a los tribunales; (ii) la prohibición de la indefensión por el derecho de defensa que sería el proceso debido; (iii) el derecho a una resolución; y, (iv) el derecho a hacer efectiva la resolución. (...) el debido proceso es un elemento indispensable de la tutela, sin debido proceso no hay tutela” (Chamorro, S/F, P. 320).

Asimismo, el numeral 1 del artículo 8° de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, denominada también “Pacto de San José de Costa Rica”, señala: “**1.** Toda persona tiene derecho a

ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En ese sentido, se colige del artículo prescrito que todas las personas gozan del derecho a ser escuchadas en un proceso determinado por un “tribunal competente, independiente e imparcial”, justamente dichas garantías se encuentran presentes en los Estados que brindan función jurisdiccional; asimismo, permiten administrar de manera apropiada los derechos y las obligaciones de los individuos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal, reconocido en el artículo 139. 3 de la Constitución, en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia” (“STC N° 763-2005-PA/TC, fundamento 6, 13/04/2005”).

2.4. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El ordenamiento Nacional ha regulado la tutela jurisdiccional efectiva en el artículo 7° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 017-93-JUS) señalando: “En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena **tutela jurisdiccional**, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito”.

Asimismo, el concepto de Tutela jurisdiccional efectiva fue prescrito en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 010-93-JUS) de fecha veintitrés de abril del año mil novecientos noventa y tres, del modo siguiente: “Toda persona tiene **derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

Igualmente, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional ha precisado lo siguiente:

“Se entiende por **tutela procesal efectiva** aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

Siendo así, la normativa precitada regula la Tutela jurisdiccional efectiva, la misma que garantiza el desarrollo y desenvolvimiento de los actos procesales en la administración de justicia; aunado a ello, dicho precepto normativo también se circunscribe en el ámbito público y privado.

SUB CAPÍTULO III

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

3.1. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

Que, el derecho fundamental al debido proceso “es un derecho continente, toda vez que abarca y comprende, al mismo tiempo, diferentes derechos fundamentales de índole procesal. (...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos” (“STC 7289-2005-AA/TC, Fundamento 5”).

Es así que el “derecho fundamental al debido proceso en su **dimensión procesal** comprende, entre otros, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, en su **dimensión sustantiva**, supone que toda decisión judicial debe ser razonable y proporcional” (STC N° 03433-2013-PA/TC, fundamento 3). En otra sentencia, el Tribunal Constitucional extiende y precisa su concepción del debido proceso sustantivo: “El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho

fundamental (y no solo los establecidos en el artículo 4 del CPCO)” (STC N° 01209-2006-AA/TC, Fundamento 30).

Igualmente, el derecho al debido proceso amerita la observancia de las diversas garantías y normas de orden público, las mismas que deben emplearse en cada uno de los procesos o procedimientos, con la finalidad de que los individuos estén en condiciones de defender apropiadamente sus derechos ante cualquier suceso estatal o privado que pueda aquejarlos. “Su contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, etcétera. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. A través de esto último se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas” (STC N° 02467-2012-PA/TC).

En ese sentido, “el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia” (Landa, 2002 como se citó en Bustamante, 2001)

De lo expuesto, se desprende que “el derecho fundamental al debido proceso” está constituido por el aspecto formal y el aspecto sustantivo, los mismos que garantizan los derechos de las personas en el ámbito privado o público. En ese sentido, el máximo intérprete de

la Constitución considera que es factible la vulneración del debido proceso en las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho al debido proceso formal, así como, el derecho al debido proceso sustantivo.

3.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LO CONFORMAN

El derecho fundamental al debido proceso aborda básicamente:

3.2.1. Derecho a un juez natural independiente e imparcial

El numeral 1 del artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe: “Toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)”. Igualmente, el principio en mención es establecido en el numeral 1 del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del modo siguiente: “1. (...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial (...)”. En la legislación nacional, se advierte que en la Constitución Política únicamente se hace referencia expresamente al principio de independencia en el artículo 139°, numeral 2; no obstante, la Constitución no señala de manera expresa al principio de imparcialidad.

El Tribunal Constitucional ha establecido que “el principio de imparcialidad ostenta dos acepciones: **a) imparcialidad subjetiva**, que se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; **b) imparcialidad objetiva**, que está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el

sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable” (“STC N° 6149-2006-AA/TC, fundamento 48”).

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Sala Penal Permanente ha señalado que: “**(i) la imparcialidad es un principio**, en tanto norma rectora general del proceso, que guía permanentemente el proceder de los jueces en sus funciones de control, juzgamiento y ejecución de las decisiones judiciales; **(ii) es una garantía del proceso**, pues las partes deben confiar en que quien solucionará el conflicto lo hará sin sesgo o inclinación subjetiva alguna; **(iii)** también es un derecho de cualquier persona que participa en un proceso (...); finalmente, **(iv)** es una obligación de los jueces, cualquiera sea su rol dentro del proceso” (R.N. 258-2019, fundamento octavo, 27/09/2019).

Siendo así, la independencia e imparcialidad del juez garantiza el acceso a la justicia de manera razonable, esto es, dichos principios garantizan de manera objetiva el derecho fundamental del debido proceso. Su aplicación objetiva brinda “seguridad jurídica a las partes procesales”, proyectando a la sociedad confianza en la administración de justicia.

Resulta necesario señalar que el derecho al juez natural o juez predeterminado por ley, se encuentra resguardado por el artículo 139°, numeral 3, de la Constitución Política del modo siguiente: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que “el derecho del juez natural o juez predeterminado por ley”, amerita dos exigencias.

“**En primer lugar: 1)** que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. **En segundo lugar: 2)** que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc” (STC N° 01937-2006-HC/TC, Fundamento 2, 25/05/2007).

3.2.2. Derecho de defensa o contradicción

Que, la Constitución Política en el artículo 139°, inciso 14, prescribe que:

“El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...), esto es, se “reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender

sus derechos e intereses legítimos” (STC N° 06648-2006-HC/TC, Fundamento 4, 14/05/2007).

De la misma forma, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés” (STC N° 05085-2006-PA/TC, Fundamento 5, 07/05/2007).

En ese sentido, se colige que el derecho de defensa otorga garantía a la persona que se encuentra inmersa en un proceso judicial, quien no debe quedar en estado de indefensión por cualquier acto u omisión que le sea atribuible de manera directa e inmediata al órgano jurisdiccional. Asimismo, el derecho de defensa a nivel procesal permite que el proceso se desenvuelva correctamente; lo cual, al interior de cualquier procedimiento se convierte en un requisito de validez del proceso.

3.2.3. Derecho a un debido procedimiento

De conformidad con la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional:

“(…) El contenido del derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra. De esta manera, iniciado

un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos” (STC N° 04809-2009-PA/TC).

El derecho al debido procedimiento amerita el respeto de la vía procesal judicial determinada en fecha anterior al comienzo del proceso judicial; esto es, el derecho de toda persona a tener un debido proceso en los órganos del Estado, lo cual debe ser subordinado a un procedimiento preestablecido, el mismo no puede ser sujeto a modificación posterior en contra del justiciable.

3.2.4. Derecho a la prueba

El Tribunal Constitucional sostiene que:

“Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. (...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar

debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado” (“STC N° 06712-2005-PHC, Fundamento 15”).

Que, “el derecho a la prueba presenta doble dimensión (subjetiva y objetiva). Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. En su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia” (“STC N° 1014-2007-PHC/TC, fundamento diez y once”).

En esa línea de ideas, se concluye que el derecho a la prueba presenta una dimensión subjetiva y otra objetiva; es una de las garantías de las partes procesales, siendo así es un derecho fundamental y el derecho a probar es parte del derecho al debido proceso que permite ofrecer los medios probatorios que demuestren sus aseveraciones en el proceso o procedimiento, en virtud de los límites y alcances que la Constitución y la ley permiten.

3.2.5. Derecho a una sentencia debidamente motivada

El derecho a la motivación exige que “cualquiera sea la instancia judicial, se debe justificar las decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la constitución y a la ley” (“STC N° 8125-2005-HC/TC, Fundamento 10, 25/01/2006”).

Otro de los principales elementos del derecho al debido proceso, es el derecho a la motivación, avalado por el artículo

139°, inciso 5, de la Constitución Política, a través del cual, se garantiza a las partes procesales, el acceso a una respuesta respaldada en argumentos que justifiquen lógicamente y razonablemente la pretensión, basado en la fundamentación fáctica acreditado en el proceso y fundamentación jurídica, esto es, la decisión adoptada debe resultar congruente con las pretensiones y alegaciones de las partes procesales. “Este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en la litis, sino que también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues no debe olvidarse que una razonable motivación de las resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el Juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, en ese sentido, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad” (CASACIÓN 1238-2017- LORETO, 14/03/2019).

3.2.6. Derecho a la pluralidad de instancias

La Pluralidad de instancia como principio jurisdiccional está previsto en el artículo 139°, numeral 6, de la Constitución Política del Perú del modo siguiente: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La Pluralidad de la Instancia”.

En ese sentido, la pluralidad de instancia tiene como objetivo fortalecer la protección de los justiciables ante supuestos hechos de error o negligencia de la judicatura. Asimismo, otro de los objetivos es instituir un control jurisdiccional a través de los órganos superiores sobre los órganos inferiores, con respecto a la calidad y legalidad de las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional indica que el “derecho a la pluralidad de instancias es una garantía consustancial al derecho

al debido proceso, que persigue que lo resuelto por un Juez en primera instancia pueda revisarse por un órgano funcionalmente superior, permitiendo de esta manera que lo resuelto por aquel, sea objeto cuando menos de un doble pronunciamiento jurisdiccional” (“STC N° 0282-2004-AA/TC, Fundamento 4, 18/01/2005”).

Asimismo, se señala que “el derecho a la pluralidad de instancias garantiza que, en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, cuando menos, se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan” “(STC Nros. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (acumulados), fundamento 22, 14/12/2006”).

3.2.7. Derecho a la cosa juzgada constitucional

El derecho a la cosa juzgada constituye una garantía institucional jurídica procesal, a través del cual, se brinda a las resoluciones judiciales la particularidad de invariable, inmutable, vinculante y definitiva. La cosa juzgada se concibe por disposición expresa de la normatividad jurídica a fin de alcanzar la solución definitiva de conflictos, lo cual permite obtener un estado de seguridad jurídica. En consecuencia, la cosa juzgada viene a ser una categoría general del derecho, presenta una regulación unitaria y uniforme.

El Tribunal Constitucional ha resuelto con respecto a la cosa juzgada, lo siguiente: “(...) mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el

plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (...)” (STC N° 02356-2011-PA/TC).

SUB CAPÍTULO IV

DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

4.1. DEBIDA MOTIVACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA JURÍDICA

Según la doctrina, se señala “en lo que concierne a la motivación de las resoluciones judiciales cabe indicar que en sociedades pluralistas como las actuales la obligación de justificar las decisiones jurídicas logra que ellas sean aceptadas socialmente y que el Derecho cumpla su función de guía” (Atienza, 1991, P. 24-25).

A su turno, para TARUFFO, la motivación “(...) debe contener la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto de la controversia, dado que solo bajo esta condición se puede decir que la motivación es idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y aceptabilidad racional de la decisión” (2009, P. 522).

De acuerdo a Marianella Ledesma Narváez “el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales más que una garantía de la función jurisdiccional, es una garantía de los litigantes y de la sociedad en general que podrá analizar si los funcionarios del Estado que administran justicia –jueces– realizan su labor de la manera más adecuada y justa” (2017, P. 22).

Asimismo, se sostiene que “el derecho a la debida motivación implica no solo una garantía sino, también, una exigencia constitucional respecto a la cual los jueces tienen un deber

fundamental, al tiempo que se asume la motivación, igualmente, como una condición relevante en el ejercicio de impartición de justicia, lo cual se traduce en fallos de la justicia constitucional y ordinaria que, representativamente, van fijando estándares que debemos asumir como necesarios” (Figueroa, 2014, P. 11).

Se sostiene que “la motivación de una resolución, “en especial de una sentencia, supone una justificación racional, no arbitraria de la misma, expresada mediante un razonamiento lógico concreto, no abstracto, particular, no genérico, esta justificación debe incluir: **a)** Un juicio lógico, **b)** Motivación razonada del derecho, **c)** Motivación razonada de los hechos, **d)** Respuesta a las pretensiones de las partes” (Franciskovic, S/F, P. 14-15).

4.1.1. Diferencia entre motivación y fundamentación

Asimismo, “la motivación, implica algo más que fundamentar: la explicación de la fundamentación, es decir, explicar la solución que se da al caso concreto, no bastando una mera exposición, sino la manifestación de un razonamiento lógico. La sentencia debe mostrar, tanto el propio convencimiento del juez como la descripción de las razones dirigidas a las partes; ha de explicar el proceso lógico-volitivo de su decisión y las razones que motivaron la misma” (CASACIÓN N° 02402-2012-Lambayeque).

De acuerdo a Franciskovic Ingunza:

“La motivación y fundamentación no presentan conceptos que sean sinónimos; sin embargo, están relacionados. Una resolución puede estar fundada en derecho y no ser razonada o motivada, puede citar muchas normas, pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad que se está juzgando. Por ello, la fundamentación consiste en explicar y/o interpretar la norma jurídica aplicable al caso concreto que se juzga, no basta con citar ni copiar una norma jurídica, sino que se debe explicar por qué e interpretar la norma jurídica que se aplica al caso juzgado

o decidido. La motivación, es algo más, implica algo más que fundamentar, es la explicación de la fundamentación, es decir, consiste en explicar la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico. La falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es pues una prohibición de la arbitrariedad” (, S/F, P. 12-13).

4.1.2. Necesidad de la motivación

De acuerdo al máximo intérprete de la Constitución, “la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa” (STC N° 04729-2007-HC).

Para efectos de la investigación, resulta necesario precisar “con respecto a la necesidad de la motivación en las resoluciones judiciales, toda vez que se encuentra señalado en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado como derecho constitucional; en consecuencia, como derecho fundamental al debido proceso. A su turno, el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe a la motivación como un principio general, esto es, como una pauta que orienta todo ese sector del ordenamiento jurídico, todo aquel proceso orgánico. Igualmente, el inciso 5 del artículo 50° del Código Procesal Civil establece como un deber del juez el de motivar las resoluciones judiciales, es decir, que su incumplimiento genera

sanciones de diversa índole; del mismo modo, el inciso 4 del artículo 122° del mismo precepto normativo contempla la necesidad de motivar y fundamentar los autos y sentencias, cuyo incumplimiento por parte del magistrado es causal de nulidad” (Franciskovic, S/F, P. 13-14).

4.1.3. Finalidad de la motivación

De la misma forma, el máximo interprete de la Constitución ha referido que la “(...) exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)” (“STC N° 8125-2005-PHC/TC, Fundamento11”).

Además, “se considera que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: a) permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; b) hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; c) logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el porqué concreto de su contenido; d) permite la efectividad de los recursos por las partes; y e) garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos” (CASACIÓN N° 02195-2011-Ucayali. Sentencia Cuarto Pleno Casatorio).

De acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional español “(...) la finalidad de la motivación en un Estado democrático por parte de Derecho legitima la función jurisdiccional y, es múltiple ya que: **1°** Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. **2°** Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el porqué concreto de la resolución. **3°** Permite la efectividad de los recursos. **4°** Pone de manifiesto la vinculación del juez a la ley” (CHAMORRO BERNAL, 1994, 205). Agrega “que no es suficiente simplemente encajar los hechos a la norma concreta, toda vez que las razones de la decisión pueden mantenerse desconocidas, es necesario precisar por qué encuadran en la norma”.

En ese sentido, la finalidad de la motivación es garantizar “el derecho de defensa de las partes procesales”, legitimando su función jurisdiccional, lo cual amerita señalar las razones, sean estos, provenientes “no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso”.

4.1.4. Motivación en derechos

Las razones que justifican la decisión judicial han de ser concretamente “una motivación fundada en derecho, esto es, una aplicación racional de la normativa al caso concreto, atendiendo las exigencias constitucionales del deber motivación, es decir, debe estar fundada en derecho” (Franciskovic, S/F, P. 17).

Así, se tiene “los requisitos exigidos para garantizar la motivación del juicio, la misma debe estar fundada en derecho: La necesidad de que la justificación de juzgador constituya una aplicación racional del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento; que la justificación de la decisión respete y no vulnere derechos

fundamentales y que la motivación establezca una adecuada conexión entre los hechos y las normas” (Franciskovic, S/F, P. 17).

4.1.4.1. La justificación del juzgador sea consecuencia de una aplicación racional de la ley y del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento

Que, según Franciskovic Ingunza “el magistrado debe vincular su fallo con la normatividad vigente, a efectos de garantizar que la decisión y su respectiva justificación sean jurídicas, las mismas que se encuentran sustentadas en normas del ordenamiento jurídico vigente, si el juzgador requiere que la justificación de la decisión sobre el juicio de derecho esté fundada en derecho, debe lograr que la motivación acredite que la decisión es consecuencia de una aplicación racional del sistema de fuentes” (S/F, P. 16).

Asimismo, la autora antes aludida refiere que:

“Es necesario distinguir tres grandes operaciones que integran una aplicación racional de fuentes: **a) Selección de la norma a aplicar:** Lo primero que debe hacer el juzgador a la hora de decidir sobre el juicio de derecho es seleccionar una norma aplicable que le permita resolver la causa. Dicha norma seleccionada debe: **(i)** Ser vigente y válida: Se trata de verificar la legalidad de la norma a aplicarse. **(ii)** Ser adecuada a las circunstancias del caso: Esto es, se obliga a los jueces a seleccionar como justificación de sus decisiones, aquellas normas que se corresponden con el objeto del proceso diseñado por las partes, así la motivación debe ser acorde con el objeto del proceso señalado por las partes y resulta evidente que, una motivación en la que se empleen normas de justificación que no sean coherentes con las pretensiones de las partes, no constituirá una racional

aplicación del sistema de fuentes. **(iii)** Las peticiones de las partes: El parámetro es el *petitum* de la pretensión, ello supone que los jueces no podrán dictar resoluciones al margen de las peticiones de las partes y que los juzgadores no podrán utilizar para justificar sus decisiones, normas cuyo efecto jurídico no se corresponda con alguna de las pretensiones formuladas. **(iv)** Las alegaciones de las partes: Son las que fijan lo que se conoce como *Thema decidendi*, y para ello, resulta imprescindible revisar: **Alegaciones fácticas:** El juzgador necesariamente debe escoger aquellas normas que sean conformes con los hechos introducidos por las partes del proceso en virtud del principio dispositivo y el de aportación de parte. **Alegaciones jurídicas:** Los jueces no se encuentran vinculados por estas a la hora de seleccionar la base normativa de la motivación, pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, gracias a la aplicación del principio *iura novit curia*” (Franciskovic, S/F, P. 18-19).

“b) Correcta aplicación de la norma: Se establece luego un control de legitimidad. La finalidad de este control es verificar que la aplicación de las normas al concreto caso sea correcta y conforme a Derecho, con estricto respeto de los criterios de aplicación normativa” (Franciskovic, S/F, P. 19).

“c) Válida interpretación de la norma: El juez debe en tercer lugar, realizar una válida interpretación, debe ser material normativo, para dar significado a la norma previamente seleccionada. Los requisitos que debe cumplir una racional interpretación de las normas para poder fundar adecuadamente la decisión que se adopte

sobre la base de dicha interpretación de las normas o declaraciones relevantes para la resolución de la controversia requieren de ciertos momentos, que, según Diez Picaso, son: **(i)** Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir de todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical. **(ii)** La atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativos, que implica razonabilidad. **(iii)** El esclarecimiento de las consecuencias que la norma liga con el supuesto de hecho, que se realiza mediante utilización por parte del juzgador de alguno de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir de todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical. **(iv)** La adopción de una decisión por parte del intérprete cuando la consecuencia establecida por la norma no esté plenamente determinada” (Franciskovic, S/F, P. 19-20).

4.1.4.2. La motivación debe respetar los derechos fundamentales

Se considera que “la simple constatación formal de que existe una motivación en una relación jurisdiccional no es suficiente para considerar válidamente cumplida la

obligación de justificar que grava a los juzgadores” (Franciskovic, S/F, P. 20).

Desde el punto de vista de Colomer Hernández: “La exigencia de motivación ha de contener una justificación fundada en derecho, es decir que no solo sea fruto de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento, sino que además dicha motivación no suponga vulneración de derechos fundamentales” (2003, P. 269).

4.1.4.3. Adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión

Que, “una tercera exigencia que ha de cumplir la motivación de una sentencia para que pueda considerarse fundada en derecho, es que contenga una adecuada conexión entre los hechos, alegados por las partes y aprobados, que sirvan de base a la decisión y las normas que le den el correspondiente respaldo normativo. La conexión entre la base fáctica de la sentencia y las normas que se utilizan para decidir sobre la cuestión jurídica es una exigencia ineludible de una correcta justificación de la decisión sobre el juicio de derecho. De manera que en todos los supuestos en los que la motivación no establezca esa conexión entre los hechos y las normas, la justificación podrá ser tachada o impugnada de arbitraria” (Franciskovic, S/F, P. 20-21).

4.1.5. Motivación fáctica: necesidad de la prueba

“La motivación de los hechos en el proceso judicial debe ser razonada, toda vez que la misma está al alcance del público y susceptible de ser revisada su corrección y racionalidad en una instancia superior, a efectos de garantizar el debido proceso” (Franciskovic, S/F, P. 21).

Siendo así, “valorar los elementos probatorios introducidos en el trámite del proceso consiste en determinar si las aseveraciones presentadas en el mismo con respaldo de los correspondientes medios probatorios, denotan ser verdaderas o probables en grado suficiente, entonces resulta necesaria la motivación; a efectos de explicar las razones que sustentan las verdaderas afirmaciones; por lo tanto, es primordial la motivación de las razones que tienen relación con el elemento fáctico” (Franciskovic, S/F, P. 21)..

4.1.5.1. Valoración de la prueba

Que, “la valoración es el juicio de aceptabilidad (o de veracidad) de los resultados probatorios, es decir, de las hipótesis” (Franciskovic, S/F, P. 27). De acuerdo a Gascón Abellán: “Consiste más precisamente, en evaluar la veracidad de las pruebas (o sea, de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción de juzgador sobre los hechos que se juzgan. La valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos” (2003, P. 13).

Asimismo, “es posible configurar en principio, dos distintos modelos de valoración, dependiendo de que esta venga o no predeterminada jurídicamente” (Franciskovic, S/F, P. 27).

En la doctrina se encuentra dos posiciones con respecto a “los sistemas de valoración de los medios de prueba:

“- **Quienes consideran la posibilidad de dos sistemas:** Su fundamento principal radica en que la valoración de los medios de prueba se ha desarrollado a lo largo de la historia de dos formas distintas que hasta hoy, pese a sus cuestionamientos, continúan vigentes. Son de este parecer Guasp, Ascencio Mellado, Cortés Domínguez, Ramos Méndez: **(i)** Sistema de libre valoración o prueba libre. **(ii)** Sistema de valoración legal o prueba tasada” (Franciskovic, S/F, P. 28).

“- **Quienes consideran la posibilidad de tres sistemas:** Comparten la existencia de los dos sistemas de vieja data, empero incluyen también o bien al sistema de persuasión racional o al sistema de valoración conjunta de la prueba: **(i)** Sistema de libre valoración o prueba libre. **(ii)** Sistema de valoración legal o prueba tasada. **(iii)** Sistema de persuasión racional y de apreciación o valoración conjunta. **(i) Sistema de libre valoración o prueba libre:** Permite que el juez valore cada medio de prueba por sí mismo, según su libre discreción. El juez sopesa cada medio de prueba como crea conveniente. **(ii) Sistema de valoración legal o prueba tasada:** El medio de prueba tiene un valor o peso predeterminado por la norma procesal. La norma procesal les da más valor a algunos medios de prueba que a otros. El juez no tiene capacidad discrecional y solo aplica lo que la ley le dice, su discrecionalidad está coactada. **(iii) Sistema de persuasión racional y de apreciación o valoración conjunta:** Se va a indicar el tipo de criterio que ha de usarse, si valorar es evaluar la

aceptabilidad de los resultados probatorios y teniendo en cuenta que estos se considerarán aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado el grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos” (Franciskovic, S/F, P. 27-28).

4.1.5.2. Motivación de la prueba

Franciskovic Ingunza sostiene que:

“Debe tenerse en cuenta que la prueba presenta dos consecuencias de indudable interés. La **primera** es que la hipótesis (o sea la reconstrucción de los hechos litigiosos y relevantes de la sentencia) debe justificarse, mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable, más aún que la más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas. La **segunda**, es que, no obstante, presentarse como justificada, la hipótesis es solo una probabilidad, por lo que salvo, exigencias institucionales de mayor peso, debe estar sujeta a revisión si surgieran nuevas pruebas. **La motivación es un género de justificación** plasmada en el documento de la sentencia. Debe diferenciarse dos conceptos, **descubrimiento y justificación. Descubrimiento** es el iter intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas aserciones sobre hechos controvertidos, mientras, que la **justificación** hace referencia a las razones por las que esas aserciones pueden entenderse como verdaderas” (S/F, P. 34).

Igualmente, la autora refiere que “en cuanto al estilo de la motivación existen dos grandes técnicas de motivación: la **analítica** y la **globalizadora**. La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que han conducido finalmente la decisión. La técnica globalizada, en cambio, consiste a *grosso modo*, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa” (Franciskovic, S/F, P. 35-36).

Según Gascón Abellán “son reglas de la motivación: **(i)** Motivar es justificar con razones que permitan sostener como correcta la decisión judicial fáctica. **(ii)** Motivar exige explicitar (y justificar) las pruebas usadas y explicitar el razonamiento. **(iii)** Todas las pruebas requieren justificación. **(iv)** La motivación exige una valoración individualizada de las pruebas, la valoración conjunta es posterior. **(v)** Han de considerarse todas las pruebas practicadas, sean favorables o no)” (S/F, P. 46).

4.1.5.3. Justificación del fallo

De acuerdo a Franciskovic Ingunza la justificación del fallo judicial se sustenta en:

- **“Principio de legalidad y justificación racional en una decisión judicial.-** No hay aplicación del derecho sin justificación, toda vez que únicamente puede mostrarse que una decisión judicial está justificada si se ofrecen razones en apoyo de la misma. La obligación de motivar las resoluciones judiciales es una exigencia de orden legal (en vista que la mencionada obligación viene impuesta por ordenamientos jurídicos); asimismo, esta obligación deriva de la idea misma

de la jurisdicción y su ejercicio de los Estados Democráticos, donde no pueden desligarse los presupuestos de jurisdicción y motivación: esta es constitutiva de aquella, esto es, la motivación es inherente a la aplicación del derecho”. En esa línea de ideas, “el razonamiento judicial frente al razonamiento práctico general tiene una particularidad, esto es, en el derecho existen limitaciones legales respecto al tipo de razones que pueden darse a favor de una decisión. Al mismo tiempo, las razones en pro de una determinada decisión judicial no pueden reducirse a razones institucionales (legales), sino que es primordial dar razones adicionales”. Por lo tanto, “la decisión judicial debe ser una decisión doblemente limitada: **(i) Por el principio de legalidad.-** Lo cual implica que el juez tiene que tomar la decisión aplicando el ordenamiento jurídico, la decisión judicial tiene que ser una decisión legal. Ello conlleva que la decisión judicial, así como, los enunciados en que está basada puede ser una decisión *injusta, no razonable*, pero aún legal. **(ii) Por la racionalidad o correcta justificación de la misma.-** Que, está en función de las razones dadas a favor de las diferentes opciones que se le plantean al juez a lo largo del proceso de aplicación” (S/F, P. 37-38).

- **“Racionalidad judicial.-** Si bien el razonamiento judicial es un razonamiento práctico en la medida en que la finalidad es tomar una decisión, la racionalidad de las decisiones judiciales, implica la idea de **ofrecer las mejores razones** en apoyo de la decisión respecto de cada una de las alternativas posibles en las diferentes decisiones parciales que la aplicación del derecho plantea. La racionalidad no tiene que ver tanto con el resultado (la decisión puede parecerle irracional a un sujeto), sino con las razones aducidas para

justificar la misma, con el establecimiento de las condiciones que deben cumplir las decisiones judiciales para que merezcan la consideración de racionales y ello debe hacerse en términos no ideales o impracticables” (S/F, P. 38).

- **“Justificación externa de la decisión judicial.-** La validez material de la justificación (justificación externa) se refiere, la decisión judicial debe cumplir las siguientes condiciones:

(i) En la medida en que la justificación es una actividad compleja, se requiere que la misma proporcione un armazón organizativo racional a la resolución judicial. **(ii) Que, las razones sean explícitas.-** Para que una decisión judicial pueda considerarse justificada, sus premisas, las razones de la decisión, deben ser explícitas. Ahora bien, cuándo debe considerarse que una razón es explícita. La respuesta es: cuando existe la misma (en este sentido hablar de *motivación implícita* resulta una contradicción en sus términos). Cuando es suficiente, y cuando es congruente. **(iii) Que, las razones sean válidas.-** Esta condición incluye dos: Que, la justificación sea armoniosa con la naturaleza de las premisas objeto de justificación, pues es privilegiado el tipo de razón relativo al significado de los términos, a la elección entre dos proposiciones jurídicas aplicables y que las razones sean compatibles. **(iv) Que, la justificación sea completa (aspecto cuantitativo).-** En el sentido que justifique todas aquellas opciones que directa o indirectamente, total o parcialmente, decidan la cuestión en uno u otro sentido. **(v) Que, las razones sean suficientes.-** Cada una de las decisiones parciales deben estar justificada en grado suficiente (aspecto cualitativo), lo que dependerá de la complejidad de las premisas objeto de justificación, siempre con esta pauta todo tiene un término medio, exíjase **primero,**

que el juez explicita (y no se silencie ni-menos-oculte) la cadena de opciones que ha realizado antes de llegar a la decisión final y **segundo**, que las justifique en una medida que la cultura jurídica y social de la época considera bastante.

(vi) Que, las razones sean concluyentes.- Las razones en apoyo de una decisión pueden ser varias y apoyar; por tanto, soluciones divergentes, por esta razón, la justificación deberá poner de relieve la fuerza de cada una de las razones y la relación entre las mismas. En apoyo de una determinada decisión, en muchas ocasiones pueden ofrecerse una pluralidad de razones, razones que pueden ser convergentes en apoyo de una única decisión o presentarse como razones en conflicto en favor de decisiones opuestas” (S/F, P. 39-41).

- **“Tipos de razones.-** Las razones que forman parte de las decisiones judiciales, se fundamentan en razones institucionales, lingüísticas, empíricas y valorativas, estas no son excluyentes, sino que se superponen” (Iturralde, 2003, P. 127). En ese sentido, se tiene las siguientes razones: **“(i) Razones institucionales.-** Dentro del carácter legal de una decisión judicial, pueden distinguirse los enunciados jurídicos que regulan el aspecto sustantivo de la cuestión de aquellos otros que se refieren a meta normas acerca de la aplicación del derecho. Pues bien, cuando se alude a razones institucionales se refiere a que éstas últimas pueden ser: **(a)** Razones en apoyo de cuestiones jurídicas (por ejemplo, el sistema fuentes del derecho) o **(b)** Razones en apoyo de cuestiones generales, pero que en el ámbito jurídico tienen caracteres singulares que hacen que deba ser planteada en términos institucionales (por ejemplo, si bien el problema de conflicto de normas se plantea en el terreno moral y jurídico, en este último, la cuestión tiene rasgos específicos). **(ii)**

Razones lingüísticas.- Son razones lingüísticas las dadas en apoyo de una cuestión relativa al significado de los enunciados. La importancia de este tipo de razones reside en que este tipo de razones está omnipresente en la aplicación del derecho. Así, las razones lingüísticas tienen que ver con:

- (a) La determinación del significado de los enunciados jurídicos, bien se trate de su intención, bien de su referencia a un caso individual.
- (b) La afirmación (o negación) de la existencia de una contradicción entre proposiciones.
- (c) La afirmación (o negación) de la existencia de una lengua; y
- (d) La afirmación (o negación) de la validez de una proposición jurídica.

Los problemas de interpretación en el derecho son sobre todo problemas de vaguedad y en menor medida, de ambigüedad (sea semántica o sintáctica). Esto significa que el juez tiene que justificar:

- (a) Por qué considera que un enunciado (o una serie de estos presenta un problema interpretativo y dentro de qué límites se plantea el mismo).
- (b)Cuál es la razón (o razones) por la cual, ante una pluralidad de significados, opta por uno en detrimento del resto.

(iii) Razones empíricas.- Son razones empíricas, las que tiene que darse en apoyo de cualquier tipo de enunciado empírico. Frecuentemente, las razones empíricas se identifican con la denominada *cuestión fáctica* de la decisión. La *cuestión de hecho* tiene como punto de llegada un enunciado fáctico acerca de la existencia del supuesto de hecho del enunciado aplicable; y ello tiene que justificarse.

(iv) Razones valorativas.- Se habla de los enunciados valorativos. La existencia (hecha explícita o no por el juez) de razones valorativas viene dada por los márgenes que, tanto las razones empíricas y lingüísticas, como las institucionales

ofrecen, lo que conlleva la elección de una alternativa como *la mejor, la más justa, Etc.*” (S/F, P. 41-51).

4.2. DEBIDA MOTIVACIÓN COMO PRINCIPIO Y DERECHO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Que, el numeral 5 del artículo 139° de la Carta Magna, establece como “uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional: La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Asimismo, “la motivación de las resoluciones judiciales constituye un principio y derecho la función jurisdiccional, consagrado en el numeral 5 del artículo 139° de la Constitución, la misma que forma parte de la observancia del debido proceso consagrado en el inciso 3 del antes citado artículo 139; el deber-derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales ha sido desarrollado en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, numeral 6 del artículo 50 y numeral 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, cuya contravención originará la nulidad de la resolución, conforme lo disponen las dos últimas normas adjetivas señaladas” (CASACIÓN N° 12168-2013-Lima, 07/08/2014). Esto es, la debida motivación “también se encuentra previsto en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; además, se encuentra contenido en el inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil, según el cual, las resoluciones judiciales deben contener los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto según el mérito de lo actuado; motivación que de acuerdo al inciso 4° de la precitada norma procesal, debe incidir respecto de todos los puntos

controvertidos en el proceso no pudiendo el juzgador fundar su decisión en hechos diversos alegados por las partes conforme lo prevé el artículo VII del Título Preliminar del Código Adjetivo”.

Además, se sostiene que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso” (CASACIÓN N° 2217-2017 LIMA).

Igualmente, “se debe entender que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, una de cuyas expresiones es el principio de congruencia, exige la identidad que debe mediar entre la materia, las partes y los hechos del proceso y lo resuelto por el juez; lo que implica que los jueces se encuentran obligados, por un lado, a no dar más de lo demandado o cosa distinta a lo pretendido, ni a fundar sus decisiones jurisdiccionales en hechos no alegados por las partes, lo que significa que tienen la obligación de pronunciarse respecto a las alegaciones efectuadas por las partes tanto en sus escritos postulatorios como, de ser el caso, en sus medios impugnatorios; y, por otro, a no omitir dicho pronunciamiento, pues de lo contrario se produce una incongruencia, que altera la relación procesal, transgrediéndose las garantías del debido proceso” (CASACIÓN N° 2940-2017 LIMA).

En esa línea de ideas, “el derecho fundamental de la debida motivación garantiza la obtención de una resolución fundada en derecho, en la cual se expliciten en forma suficiente las razones de los fallos, con mención expresa de los fundamentos fácticos y jurídicos que los determinaron, mediante los cuales el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los medios probatorios”.

Función Esencial de la Motivación de Resoluciones Judiciales:

“La Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que la motivación de las resoluciones judiciales cumple principalmente dos funciones básicas: endoprocesal y extraprocesal. La función endoprocesal tiene lugar al interior del proceso, respecto de las partes, terceros legitimados y de los propios órganos jurisdiccionales y comprende las siguientes precisiones: **i)** tiene por función específica convencer y persuadir a las partes de la razonabilidad de los argumentos y la justicia de la decisión adoptada, tratando de eliminar la sensación que pudieran tener las partes sobre la presunta arbitrariedad o irracionalidad de la decisión judicial. **ii)** permite la viabilidad y efectividad de los recursos impugnatorios haciendo posible su análisis crítico y expresión de errores de hecho y de derecho, así como agravios, vía apelación o casación; y **iii)** permite el control del órgano jurisdiccional superior, quien deberá establecer si se han cumplido las normas imperativas que garantizan el derecho a un debido proceso, y particularmente, con el deber constitucional de la motivación adecuada y suficiente, verificando la razonabilidad de los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión” (Casación N° 859-2012-Huánuco, 22/10/2013).

Asimismo, “la función extraprocesal tiene lugar en el ámbito externo del proceso y está dirigida al control del comportamiento funcional de los órganos jurisdiccionales y se expresa de las siguientes formas: **i)** Haciendo accesible el control de la opinión pública sobre la función jurisdiccional a través del principio de publicidad de los procesos, conforme al postulado contenido en el inciso 20 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe que toda persona tiene derecho a formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales con las limitaciones de ley; y **ii)** expresa la vinculación del juez independiente a la Constitución y a la Ley,

derivándose responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por el ejercicio irregular o arbitrario de su función” (Casación N° 859-2012-Huánuco, 22/10/2013).

En esa línea de ideas, “la motivación de las resoluciones sustancialmente cumple dos funciones, una función Endoprocesal y otra función extraprocesal. La primera función tiene que ver con el interior del proceso, esto es, respecto de las partes, terceros legitimados y de los propios órganos jurisdiccionales; mientras, que la segunda está relacionada con el ámbito externo del proceso y está dirigida al control del comportamiento funcional de los órganos jurisdiccionales”.

4.3. DEBIDA MOTIVACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

A efectos de analizar este extremo, resulta necesario citar Giovanni Sartori (1999), quien fue el primero en utilizar el vocablo Ingeniería Constitucional a efectos de plantear un cambio en la forma de gobierno de México. En ese sentido, se parte de la propuesta de Sartori con relación al concepto de Ingeniería Constitucional que está vinculado con el estudio de la sociedad y su mecánica de funcionamiento; en ese contexto, según el autor, la Constitución debe funcionar eficazmente; asimismo, la Constitución debe asegurar que los derechos humanos, sean resguardados y respetados por los diferentes órganos de poder; aunado a ello, debe contar con los instrumentos procesales suficientes para su defensa.

La reingeniería constitucional amerita, entre otros, el respeto y protección de los derechos humanos, es decir, se debe respetar la autonomía de las personas a efectos de maximizar sus libertades y sus derechos humanos, donde el Estado cumple un rol importante, por cuanto está en la obligación de garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos.

En ese sentido, “se trae a colación las dos concepciones de la Constitución, (...) la Constitución responde a la función de limitar el poder político o bien a la función de modelar las relaciones sociales. La primera concepción induce a pensar que las normas constitucionales se dirigen a los órganos constitucionales supremos (las cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, la Corte Constitucional, etcétera) y que estos son los únicos intérpretes autorizados de la Constitución. (...) el texto constitucional (...) no es susceptible de interpretación y aplicación jurisdiccional directa por parte de los jueces comunes. La segunda concepción, sugiere que la Constitución es –como cualquier otra ley– susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias a ellos sometidas (...)” (Guastini, 1999, P.79).

En esa línea de ideas, se opta por la segunda concepción en virtud de los artículos 1º, 2º, 3º, 55º y la “Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú”. Toda vez que si bien es cierto, la Constitución Política en el artículo 2º enumera taxativamente los derechos fundamentales de la persona humana, pero también es cierto que la misma Constitución permite la integración de nuevos derechos fundamentales de conformidad al artículo 3º, salvaguardándose los derechos implícitos (*numerus apertus*); asimismo, el artículo 55º y “cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política de 1993” permiten la incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional.

Ahora bien, el artículo 139º, numeral 3, de la Constitución Política del Perú establece que “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional es un derecho de la función jurisdiccional, aunque se trate de un principio de la función jurisdiccional”; no obstante, prolífera jurisprudencia ha determinado que, dentro de su contenido, se encuentra el derecho a una resolución fundada en derecho; en consecuencia, versa sobre un derecho fundamental,

susceptible de ser protegido mediante recurso de amparo. De la misma forma, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional ha señalado, con respecto a la tutela procesal efectiva:

“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, **a la obtención de una resolución fundada en derecho**, a acceder a los medios impugnatorios regulados a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

De lo cual se desprende que “**el derecho al debido proceso** significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, mientras que la **tutela judicial efectiva** supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción” (STC N° 08123-2005-HC/TC, Fundamento 6, 15/05/2006).

Ahora bien, la motivación consiste en la aportación de razones, lo cual constituye una garantía frente a la arbitrariedad; por tanto, la protección y desarrollo de la debida motivación, previsto en el artículo 139°, numeral 5, de la Constitución Política constituye un derecho fundamental y no un principio de la función jurisdiccional; en mérito

a la normatividad internacional, esto es, los tratados y acuerdos internacionales del cual el Perú es parte.

En virtud de lo expuesto, se concluye que la debida motivación está reconocida de manera implícita en la Constitución Política, se ha establecido como garantía del derecho de administración de justicia, razón por la cual haciendo una interpretación sistemática y finalista de la Carta Magna, se debe considerar a la debida motivación como un derecho fundamental de la persona humana, que a su vez parte de otro derecho fundamental que es el “**derecho al debido proceso**”, previsto en el artículo 139°, numeral 3, de la Constitución Política del Perú.

4.4. DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Que, de acuerdo a la Convención Americana, artículo 8°, se puede advertir que la motivación como deber no está prevista explícitamente dentro del parámetro de sus disposiciones. Sin embargo, mediante la jurisprudencia, la Corte Interamericana ha ampliado el tema, pero progresivamente, “el contenido del artículo 8.1 de la Convención”, ello con la finalidad de incorporar “el deber de motivación como una garantía del debido proceso”.

Así se tiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “(Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170) con respecto al derecho a una resolución motivada infiere lo siguiente: (...) La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión (...)”.

Asimismo, “la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Apitz Barbera y otros - Corte Primera de lo Contencioso

Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182)” prescribe con relación a la resolución motivada: “El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”. En ese mismo sentido: “Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, N° 193, Párrafo 152”. Igualmente, se alude que “la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las *debidas garantías* incluidas en el artículo 8.1 de la **Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos** para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, N° 227”) señala: “El deber motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron

los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad (...)”. En virtud de lo señalado, “el deber de motivación es una de las *deber garantías* incluidas en el artículo 8.1. para salvaguardar el derecho a un debido proceso. **En el mismo sentido: Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C, N° 311, Párr. 87”.**

Bajo esa línea de ideas, se colige que los alcances expuestos con relación al “deber de motivar”, esto es, en el derecho internacional como en el derecho nacional, es sumamente trascendental en la administración de justicia, toda vez que otorga a las partes procesales las garantías debidas que permite alcanzar la justicia en relación a un conflicto de intereses, esto justamente, al ser parte de una sociedad democrática. Aunado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reincidente en precisar expresamente que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, esto es, el deber de motivar explícitamente la decisión, tanto en lo fáctico y jurídico a efectos de salvaguardar el debido proceso.

4.5. DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

De acuerdo al máximo intérprete de la Constitución (“Caso Giuliana Llamuja”), con respecto al “Derecho a la Motivación” ha prescrito: “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el

ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales” (“STC N° 00728-2008-PHC/TC”).

Igualmente, el máximo intérprete de la Constitución ha precisado: “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales” (“STC N° 0896-2009-PHC/TC, Fundamento 7”).

Con respecto a la motivación de las sentencias judiciales, “el Tribunal Constitucional ha establecido: Debe tenerse presente que en todo Estado constitucional y democrático de derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional” (CASACIÓN N° 06715–2012-Cajamarca, 07/12/2012).

Asimismo, “la existencia de que las decisiones judiciales sean motivadas, garantiza que los jueces expresen el proceso lógico que los

ha llevado a decidir la controversia, asegurando así, que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa. En consecuencia, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruente entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial expresa una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta sea breve o concisa” (Ledesma, 2017, P.14).

Es más “la sentencia se materializa en la tutela jurisdiccional efectiva y, esta tiene y debe reunir una serie de requisitos, es decir, debe estar motivada y fundamentada en derecho. La motivación de una resolución, en especial de una sentencia, supone una justificación racional, no arbitraria de esta, expresada mediante un razonamiento lógico concreto, no abstracto, particular, no genérico, esta justificación debe incluir: **a)** Un juicio lógico. **b)** Motivación razonada del derecho. **c)** Motivación razonada de los hechos. Respuesta a las pretensiones de las partes” (FRANCISKOVIC Y OTRO, 2011, P. 210 y 213).

Del mismo modo, Roger Zavaleta Rodríguez postula: “La motivación de las resoluciones judiciales constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho realizados por el juzgador, en los cuales apoya su decisión. Motivar, en el plano procesal, consiste en fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. No equivale a la mera explicación o expresión de las causas del fallo, sino a su justificación razonada, es decir, a poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión”.

Además, se sostiene que “la finalidad de la motivación en un Estado Democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional y, es múltiple ya que: **i)** Permite el control de la actividad jurisdiccional

por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. **ii)** Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el porqué de la resolución. **iii)** Permite la efectividad de los recursos. **iv)** Pone de manifiesto la vinculación del Juez a la Ley. No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino hay que precisar por qué encajan” (CHAMORORO, 1994, P. 2015).

4.6. FALTA DE DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA DOCTRINA

Que, se tiene como exigencia y finalidad de la motivación, el aseguramiento de que la parte procesal tenga pleno conocimiento sobre las “razones fácticas y jurídicas” que justifiquen una decisión judicial, esto cual debe “ser una garantía de la administración de justicia”, suprimiendo todo tipo de arbitrariedad.

En ese sentido, “la motivación, implica algo más que fundamentar: la explicación de la fundamentación, es decir, explicar la solución que se da al caso concreto, no bastando una mera exposición, sino la manifestación de un razonamiento lógico. La sentencia debe mostrar, tanto el propio convencimiento del juez como la descripción de las razones dirigidas a las partes; ha de explicar el proceso lógico-volitivo de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras la **falta de motivación** conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es, pues, una prohibición de arbitrariedad” (CASACIÓN N° 02402-2012-Lambayeque).

BRÜGGEMANN (1971, como se citó en Taruffo, 2006) ha señalado que “la motivación ficticia significa la falta de motivación adecuada, es decir, la falta de racionalización y de justificación de

algunos componentes decisivos del juicio, y, consecuentemente, significa también la imposibilidad de control externo sobre la validez de dichos componentes”.

Por otro lado, se indica que “la falta de motivación, más que un vicio de forma, constituye un vicio de arbitrariedad” (Rocha, 2018, P. 148). Asimismo, se puede definir la falta de motivación como “la omisión de explicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión” (Rocha, 2018, P. 215).

4.7. VICIOS DE DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El Tribunal Constitucional (“Expediente N° 00728-2008-PHC/TC- Caso Giuliana Llamoja”) ha precisado las siguientes clases de indebida motivación de las Resoluciones Judiciales:

4.7.1. Inexistencia de motivación o motivación aparente.-

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC ha señalado con respecto a la inexistencia de motivación o motivación aparente lo siguiente:

“Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico” (Fundamento 7.a).

Que, “se incurre en una motivación aparente, cuando la sentencia de vista prescinde de una adecuada exposición de los hechos, con cita de las normas legales aplicables y del análisis de los medios probatorios necesarios para una solución de la litis formalmente adecuada y apropiada” (CASACIÓN N° 03750-2014- Del Santa, 02/08/2016).

4.7.2. Falta de motivación interna del razonamiento

El máximo intérprete de la Constitución en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC alude con relación a la “falta de motivación interna del razonamiento” lo siguiente:

“La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa” (Fundamento 7.b).

4.7.3. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC con relación a las “deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas” sostiene:

“El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por equis, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de equis en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrá ser enjuiciada por el juez (constitucional) por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez” (Fundamento 7.c). igualmente, “hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le

corresponde de modo exclusivo a este, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal” (Fundamento 7.c).

4.7.4. La motivación insuficiente

De acuerdo al máximo intérprete de la Constitución (STC N° 00728-2008-PHC/TC) la “motivación insuficiente”:

“Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de

argumentos o la *insuficiencia* de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo” (Fundamento 7.d).

4.7.5. La motivación sustancialmente incongruente

A juicio del Tribunal Constitucional (“Expediente N° 00728-2008-PHC/TC”) la “motivación sustancialmente incongruente” consiste en:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no

omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas” (Fundamento 7.e).

4.7.6. Motivaciones cualificadas

El Tribunal Constitucional en el “Expediente N° 00728-2008-PHC/TC” postula respecto a las “motivaciones cualificadas” lo siguiente:

“Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal” (Fundamento 7.f).

SUB CAPÍTULO V

LA FAMILIA

5.1. CONCEPTO DE FAMILIA

El Tribunal Constitucional ha establecido con relación al vocablo familia:

“(..)

en su acepción común, el término familia alude a aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y comparten el mismo techo o ambiente. Tradicionalmente, con ello, se ha pretendido englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, los cuales se encuentran bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, la filiación y en el parentesco” (“**EXPEDIENTE N° 01643-2014-PA/TC**, fundamento 6”).

De la misma forma, el mismo máximo intérprete de la Constitución ha prescrito que:

“(..)

desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. De esta forma los cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado una modificación en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que hayan surgido familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las constituidas por los padres, hijos y abuelos” (“**STC N° 01643-2014-PA/TC**, fundamento 7”).

De acuerdo a Infante Rojas:

“El concepto de familia es sin duda de carácter sociológico antes que jurídico, pues la familia es anterior al mismo Estado, existiendo antes que este; por lo tanto, el orden jurídico la contemplará atendiendo a sus fines. La familia ha contado a lo largo de la historia con tres finalidades; una natural (unión de hombre y mujer, procreación y conservación de la especie), otra moral espiritual (lazos de afecto, solidaridad, cuidado y educación de la prole) y una tercera de carácter económico (alimento y techo)” (2016, P. 15).

A su turno, Hernán Corral puntualiza el tema de la familia del modo siguiente:

“Aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos por lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente” (1994, P.372).

En ese sentido, se concluye que la familia ha sufrido una suerte de evolución, toda vez que primigeniamente la familia estaba constituida únicamente por la familiar nuclear; no obstante, el Tribunal Constitucional ha señalado que la estructura familiar actual presenta ciertas variantes, lo cual es propio del sistema actual; en consecuencia, se colige que la Constitución Política del Perú protege a todos los tipos de familias.

5.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

De conformidad a Varsi Rospigliosi, “la variedad de teorías para establecer su esencia, natural, cultural o social creó una diversidad de punto de vista

para su identificación jurídica”. En esa línea de ideas, las más destacadas son las siguientes:

a) “Persona jurídica.- Es la integración de personas que tiene un fin, una estructura orgánica, bienes propios así como derechos y obligaciones que la caracterizan. Además, para su constitución debe cumplirse con ciertos requisitos y debe constar formalmente su existencia o constitución” (2011, P. 47).

b) “Organismo público.- De conformidad a esta teoría la familia es similar al Estado, pero en diminuto. Cada integrante tiene responsabilidades y están subordinados a una autoridad, el jefe de familia que, al igual que el Presidente de la República, marca el rumbo de sus integrantes” (2011, P. 47).

c) “Institución social.- Se considera que la familia es una colectividad humana cuyas actividades individuales, se compenetran bajo reglas sociales de una autoridad que guía los intereses de sus integrantes. Una parte de la doctrina establece que la institucionalidad de la familia se da por su carácter universal y trascendencia en el tiempo, lo que permitió su arraigo en el espacio socioeconómico y cultural. Los detractores señalan que la familia no puede ser considerada una institución, porque no es un vocablo legal, alegando que la familia es una institución social, más que jurídica, que se manifiesta de diversas maneras por medio de entidades familiares, entre las cuales, se tiene el matrimonio y la unión estable; como consecuencia, de la interacción de afectos, la filiación” (2011, P. 48).

d) Sujeto de derecho.- Enrique Varsi Rospigliosi postula que la familia como “sujeto de derecho”:

“Tiene una categoría especial y goza de una capacidad jurídica con sus correspondientes derechos y obligaciones, diferentes, distintos del de sus integrantes considerándosele desde una concepción económica un patrimonio autónomo. Dice Lôbo, inspirándose en el

rol protector y de integración de la familia, que la familia comparece más como sujeto de derecho que de deberes. La familia no es una vitrina que solo debamos apreciar. La familia es una realidad viviente, es un sujeto de necesidades, de derechos y de deberes” (2011, P. 48).

Dicho con palabras de Varsi Rospigliosi que “las dos primeras teorías adolecen de un criterio moderno. La familia no puede ser considerada como una colectividad, esto es, privada o pública, delimitada a la estructura de la persona jurídica ni a la de un organismo estatal. Sin embargo, la familia constituye más que ello. Siendo así, se considera que la familia desde el punto de vista social viene a ser una institución y desde el punto de vista legal, puede ser abordada como un sujeto de derecho, siguiendo la línea de la teoría de los patrimonios autónomos” (2011, P. 48).

5.3. LA FAMILIA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

En relación al modelo constitucional de la familia, se tiene dos posturas, así la primera postura señala que:

“El modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. Sin embargo, debe advertirse que el actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se la presentaba como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrada en la seriedad de la finalidad reproductora; condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. Es así que, de dichas aseveraciones, se desprende que el texto constitucional de 1993 no se ha ceñido a una concepción especial, pues no identifica a una entidad familiar en específico, ni se identifica en forma plena con la familia matrimonial” (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2009).

En ese contexto, se sostiene que la Constitución Política del Perú hace referencia únicamente a un tipo de familia, sin precisar que sea de índole matrimonial o extramatrimonial; además, sin considerar su base de constitución legal o de hecho de modo alguno.

Asimismo, Alex Plácido Vilcachagua señala que:

“Si bien se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia y que se muestra abierta a distintos tipos de familia cuya determinación queda a criterio del legislador, consideran que están en lo erróneo, ya que si bien hay ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina modelo de familia no queda totalmente fijado, como sería lógico, en el plano constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional” (2009, P. 457).

En ese contexto, se concluye que la Constitución Política del Perú, artículos 4° y 6°, protegen a todos los tipos de familias; en efecto, el modelo familiar reconocido y protegido es la que surge del matrimonio, unión de hecho y otras formas de familia; toda vez que en la actualidad el concepto de familia ha evolucionado y ha experimentado una serie de transformaciones.

5.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE FAMILIA

5.4.1. Principio de protección a la familia

La familia, como tal, se encuentra protegida por la gran mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, el artículo 16, numeral 3, de la “**Declaración Universal de los Derechos Humanos**” se ha previsto que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la

sociedad y del Estado". Asimismo, el **“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”**, en el artículo 23, numeral 1, prescribe: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Igualmente, el artículo 10, numeral 1, del **“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”** dispone: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges". Por otro lado, el artículo 17, numeral 1, de la **“Convención sobre Derechos Humanos”** denominada "Pacto de San José de Costa Rica", señala: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".

Igualmente, la **“Convención sobre los Derechos de los Niños”** (en el preámbulo) establece la obligación de protección a la familia, del modo siguiente: "Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

A su turno, el artículo 4° de la Constitución Política del Perú expresa, entre otros, la protección de la familia, estableciendo: "La comunidad y el Estado protegen especialmente (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad".

De la misma forma, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que:

“Sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan

surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista a aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos” (STC N° 06572-2006-PA, fundamento 11, 14/03/08).

De lo expuesto, se colige “que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, como tal se encuentra amparada y protegida por los integrantes de la sociedad y el Estado. Esto es, “la familia es el núcleo de la sociedad”; por lo tanto, el Estado brinda especial protección a la familia.

5.4.2. Principio de protección al matrimonio

El artículo 4° de la Constitución Política prescribe: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

El principio de protección al matrimonio resguarda y respalda la familia como “célula básica de la sociedad”, como tal el Estado garantiza su ejercicio y vigencia; siempre en pro de los integrantes del grupo familiar.

5.4.3. Principio de Igualdad y equidad

En la “**Declaración Universal de los Derechos Humanos**” se ha señalado con respecto al principio de igualdad, lo siguiente:

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; además, se adiciona en el artículo 1°: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Del mismo modo, el principio de igualdad está previsto en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, como sigue: "Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

García Morillo señala que "la disposición de igualdad ante la ley no imposibilita conceder, en determinadas situaciones y bajo ciertos supuestos, un trato desigual", tomando en consideración las condiciones siguientes:

"En **primer lugar**, que los ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en **segundo lugar**, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en **tercer lugar**, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en **cuarto lugar**, que el supuesto de hecho (esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga) sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; en **quinto lugar**, en fin, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual, no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello

constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en otro caso, el otorgar un trato desigual resultará una discriminación vetada por la Constitución” (1991, P. 151).

La equidad, de acuerdo al principio general de derecho, se traduce en “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Aristóteles decía que “la equidad es la justicia aplicada al caso concreto”.

En ese sentido, en la “teoría equidad e Igualdad son dos principios estrechamente relacionados, pero distintos. La Equidad introduce al principio ético o de justicia en la igualdad, la equidad obliga a plantearnos los objetivos que debemos conseguir para avanzar hacia una sociedad más justa” (Materon, 2016). En esa línea de ideas, se colige que “la regla principal e ineludible del principio de igualdad ante la ley, en esta y en su aplicación, y del derecho a no ser objeto de discriminación, no enerva la posibilidad de que se admitan tratos diferenciados o distinciones, siempre que obedezcan a motivos objetivamente sustentados y razonablemente justificados” (Díaz, 2012).

5.4.4. Principio de reconocimiento de uniones de hecho

El artículo 5° de la Constitución Política prescribe: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Que, el Tribunal Constitucional interpreta con respecto al mandato de “protección a la familia y promoción del matrimonio”, precisando lo siguiente:

“La Constitución Política detalla varios principios que resguardan la tutela integral de la familia; sin embargo, no se encuentra su definición; en efecto, no reconoce un modelo

específico de familia, por lo tanto, el instituto de familia no necesariamente se relaciona con el vínculo matrimonial, de este modo, se evidencian diferentes tipos de familia, con su estructura particular, que son distintas a la estructura familiar tradicional, por ejemplo, las uniones de hecho. En ese sentido, todo tipo de familia es objeto protección, toda vez que trasciende al matrimonio, el matrimonio como tal puede dejar de existir; no obstante, la familia persiste en el tiempo” (STC N° 06572-2006-PA, 14/03/08).

5.4.5. Principio de unidad familiar

El artículo 6° de la Constitución Política señala que la “política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables (...). Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres (...)”.

En ese sentido la familia, de conformidad al máximo intérprete de la Constitución:

“Constituye más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de amor y solidaridad insustituible para la enseñanza y trasmisión de los valores culturales, sociales, espirituales, religiosos y esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad; que es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social” (STC N° 09332-2006-PA/TC).

5.4.6. Principio de la solidaridad familiar

El artículo 1° de la Constitución Política del Estado prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin

supremo de la sociedad y del Estado”. En ese sentido, el fin de la vida social es el bien común en su real dimensión. Ramiro de Valdivia Cano señala que “la solidaridad es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Asimismo, refiere que “la solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural”. En efecto, se tiene que el Estado cumple un rol protagónico, por cuanto debe sostener y defender objetivamente los derechos y deberes de las familias.

5.5. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

La Constitución Política del Perú en el artículo 4° protege a la familia, señalando: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Al respecto, la “**Declaración Universal de Derechos Humanos**” (1948) en el artículo 16°, precisa en relación a la familia lo siguiente: “El elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; igualmente, prescribe “que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia”.

A su turno, el artículo 6° de la “**Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (1948)” expresa: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”.

Asimismo, el artículo 10° del “**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas**” (1966), señala con relación a la familia lo siguiente: “El elemento natural y fundamental de la sociedad, a la cual debe concederse la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

De la misma forma, artículo 23° del **Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos** (1976) prescribe: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Por otro lado, el artículo 17°, numeral 1°, de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)** refiere: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia”.

Bajo esa línea de ideas, se concluye básicamente que la comunidad y el Estado cumplen un rol fundamental con respecto a la protección de la familia, toda vez que “se reconoce a ella como instituto natural y fundamental de la sociedad”.

Ahora bien, el artículo 4° de la Constitución Política del Perú “protege a la familia y el matrimonio”, concretamente se resguarda la familia monoparental; no obstante, el artículo 6° del mismo precepto Constitucional brinda protección a los otros tipos de familia.

5.6. REGULACIÓN JURÍDICA HISTÓRICA DE LA FAMILIA EN PERÚ

En el Perú, se cuenta con doce constituciones, las mismas que se han desarrollado en la historia. “Las nueve primeras constituciones desde la de

1823 hasta la de 1920 no hacían ninguna mención a la familia o a alguna de las instituciones del derecho de familia; salvo en el caso para el ejercicio de la ciudadanía” (INFANTE-ROJAS, 2016, P. 18).

Asimismo, “las constituciones de 1828, 1834, 1856, 1860, 1867 y 1920 establecían la mayoría de edad a los 21 años siempre que estuviera casado. Entonces el matrimonio otorgaba la ciudadanía, convirtiéndolo en un capaz absoluto para cumplir con cualquier obligación” (INFANTE-ROJAS, 2016, P. 18-19).

Posteriormente, la “historia republicana nos manifiesta que fue la Constitución de 1933, la que por vez primera reconoció de manera expresa la tutela de la familia, estableciendo en el Artículo 51º: El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley y en su artículo 52º afirmó que: Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia” (INFANTE-ROJAS, P. 19).

De acuerdo con Bermúdez Valdivia la Constitución Política del Perú de 1979:

“Por primera vez introduce todo un capítulo referido a la familia en los artículos del 5º al 11º, conceptualizando a la Familia como una *sociedad natural y una institución fundamental de la Nación*. Dos fueron los temas introducidos en este capítulo que merecieron singular discusión en la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978 – 1979: **a)** la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, artículo 6 y **b)** el reconocimiento constitucional de la unión de hecho, artículo 9” (S/F, P. 12-16).

Finalmente se llega a “la Constitución de 1993, norma fundamental que reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad”. De esta manera, “en sus artículos 4 y 6 se deduce que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación

a las que expresamente se refiere, se evidencia una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano” (INFANTE-ROJAS, P. 19).

5.7. CLASES DE FAMILIA

Según CALDERÓN BELTRÁN la familia se clasifica en entidades Familiares Explícitas o Expresas y entidades Familias Implícitas o Tácitas.

5.7.1. Familias Explícitas o Expresas

Está conformada por “aquellas entidades familiares, que han sido reguladas expresamente por el derecho de familia, dentro de las cuales encontramos”:

- **La Familia Nuclear:**

Denominada también como “familia en sentido restringido o familia estricta, que viene a ser la familia conformada por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad, en este tipo de familia se identifica principalmente a la familia matrimonial” (2014, P. 53).

- **La Familia Extendida:**

Es conocida “como familia en sentido amplio o familia estirpe, que viene a ser aquel conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos del matrimonio o del parentesco” (2014, P. 53).

- **La Familia Compuesta:**

Constituye “la familia nuclear o extendida unida a una o más personas, que no tiene parentesco con el jefe de familia, simplemente sería el grupo social que convive en una casa bajo la autoridad del tradicionalmente llamado pater familia” (2014, P. 53).

- **Uniones de Hecho:**

Es aquella familia “considerada como la unión monogámica heterosexual, sostenida por quienes no ostentan impedimento alguno

para casarse, unión sostenida con vocación de habitualidad y permanencia, en forma similar a la unión matrimonial” (2014, P. 53).

5.7.2. Entidades Familias Implícitas o Tácitas

De acuerdo con CALDERÓN BELTRÁN, es aquel grupo que está constituido por aquellas entidades familiares, que posee existencia y continuidad en la sociedad, que genera relaciones jurídicas; no obstante, no han sido reguladas en forma expresa por el Derecho de Familia. Estos son:

- **La Familia Monoparental:**

“Es aquella familia conformada solo por uno de los padres y sus hijos” (2014, P. 53).

- **La Familia Homoafectiva:**

“En este tipo de familias, no se respeta la diversidad de sexos, es aquella unión de vida conformada por personas del mismo sexo” (2014, P. 53).

- **La Familia Ensamblada:**

“Es la estructura familiar autónoma originada por la unión en matrimonio o en convivencia de una pareja de viudos, divorciados, o padres solteros, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de una relación previa y que conviven bajo caracteres de estabilidad, publicidad y reconocimiento” (2014, P. 53).

El Tribunal Constitucional (“STC N° 01204-2017-PA/TC, 01-10-2018”) ha señalado como principales características de una familia ensamblada, las cuales deben estar lejos de ser un numerus clausus y tiene una naturaleza esencialmente descriptiva, serían las siguientes:

“Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual. Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil” (“STC N° 09708-2006-AA/TC”).

Igualmente, el máximo intérprete de la Constitución postula que “la nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características pueden consistir en habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento” (“STC N° 09332-2006-PA/TC”).

5.7.3. Familias transformadas

En la doctrina igualmente, se encuentra otra clasificación de familias, la que se caracteriza por su diversidad en el medio social actual, propuesto por varsi rospigliosi, la misma que se cita a continuación: “General, reducida, intermedia, transnacionales, matrimonial, extramatrimonial, monoparental, anaparental, pluriparental, homoafectiva, paralela, eudemonista, socioafectiva, geriátrica, solteros, comunitaria, virtuales. Estas se denominan familias transformadas”.

- Familia General.-

“Llamada amplia o extensa. Se encuentra conformada por personas unidas por vínculos de parentesco, afinidad y otras relaciones de afecto (como el padrino, derivado de algunos sacramentos como el bautismo, confirmación, matrimonio, etc.). Esta familia puede ser: polinuclear; cuando incluye a varias familias nucleares (distintas generaciones en un mismo hogar) o nuclear ampliada (padres e hijos y otros parientes)” (Varsi, 2011. P.65).

- **Familia reducida.-**

“Llamada nuclear, restringida, portátil o conyugal. Este tipo de familia está integrada solo por padres e hijos nada más. Este es el tipo de familia que actualmente predomina, la que se incentiva y publicita (Los Picapiedras, Los Simpson, La familia Ingalls, etc.). Esta tiene subclasificaciones: Monoparentales, un solo padre con sus hijos. Biparental, ambos padres con sus hijos” (Varsi, 2011. P.65-66).

- **Familia intermedia.-**

“Aquella que sin cohabitar entre sí forman lazos amparados en el parentesco cuyos efectos se extienden hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad” (Varsi, 2011. P. 66).

- **Familia matrimonial.-**

“Su soporte es el matrimonio. Tal es su trascendencia que el Estado la promueve, incita a que las personas se casen para que la conformen. La ley ofrece ventajas como la presunción de paternidad, la herencia para los cónyuges, el régimen patrimonial, el divorcio, la casa-habitación, entre otros” (Varsi, 2011. P. 66).

- **Familia extramatrimonial.-**

“Surge de la unión libre entre personas no matrimoniadas. Llamada concubinato o amasiato. A esta clase de familia se le ampara legalmente mediante la figura mal denominada unión de

hecho, modernamente identificada como la unión estable” (Varsi, 2011. P. 66).

- **Familia monoparental.-**

“Llamada lineal. Algunos la llaman incompleta, sin embargo, es claro que hoy no cabe duda alguna que una sola persona puede adoptar o una mujer soltera inseminarse. Es aquella conformada por uno de los padres con sus hijos” (Varsi, 2011. P. 68-69).

- **Familia anaparental.-**

“Grupo de personas sin emparentamiento o emparentamiento colateral que llevan a cabo relaciones de contenido familiar. Convivencia, ayuda, integración y afecto es lo que permite su desenvolvimiento. Por ejemplo, los hermanos que se quedan viviendo en la casa de familia o los amigos que comparten una vida por razones de trabajo siendo compañeros de habitación (roommates)” (Varsi, 2011. P. 70).

- **Familia pluriparental.-**

“Llamada ensamblada, agregada, recompuesta, reconstituida o mosaico. También stepfamily o familiastra. Es en esta familia en la que uno o ambos miembros de la pareja tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente, etc.). Es la pareja en segundas nupcias con hijos propios y comunes. La familia pluriparental se construye sobre los cimientos de otra” (Varsi, 2011. P. 71).

- **Familia homoafectiva.-**

“La denominación utilizada homoafectiva es mucho más llana y menos denigrante como la que se refiere a la familia homosexual. Se trata de relaciones llamadas homoeróticas (sexo como diversión y disfrute más que como un medio procreativo). Se reconoce la convivencia plena e irrestricta a través de diversas formas (sociedad de hecho, unión civil, parcerias domésticas,

parcerias registradas, pacto de solidaridad y matrimonio)” (Varsi, 2011. P. 73).

- **Familia paralela.-**

“Llamada simultánea, familia concurrente o parafamilia. Se caracteriza, porque en ella existen coetáneamente dos núcleos familiares con integrantes afines. Dos familias que comparten un miembro que es cónyuge de ambas, cónyuge de una y conviviente de otra o conviviente de varias, representando en su composición una variedad de vínculos” (Varsi, 2011. P. 75-76).

- **Familia eudemonista.-**

“El fin último del hombre es la felicidad. La anhela y encuentra en la familia como un vehículo efectivo para lograr su fin individual. Se sustenta en el amor, deseo, libertad dejando de lado el formulismo, injerencia, reglas y demás. La persona solo busca en la familia la felicidad” (Varsi, 2011. P. 81).

- **Familia socioafectiva.-**

“La familia es una entidad socioafectiva que contiene el deber de afecto y cooperación, lo que se resume en un compromiso de solidaridad en el que los propios miembros de la familia delimitan las condiciones para el cabal desenvolvimiento e integración de la persona en su seno, consagrando el valor dignidad” (Varsi, 2011. P. 83).

- **Familia geriátrica.-**

“Es aquella conformada por personas de la tercera edad. La finalidad de este tipo de familia es evitar la soledad, ayudándose de forma integral y recíproca” (Varsi, 2011. P. 83).

- **Familia de Solteros.-**

“Llamada familia unipersonal o *single* está representada por individuos que prefieren vivir solos, solteros por convicción, célibes por decisión, viudos, divorciados o separados que deciden no volverse a unir. Solo ellos, nadie más” (Varsi, 2011. P. 84).

- **Familias comunitarias.-**

“Son agrupaciones de personas (adultos y niños) que se integran sin llegar a tener vínculos de parentesco desenvolviéndose con los mismos fines de la familia, en otros tiempos se dio en el caso de los hippies” (Varsi, 2011. P. 85).

- **Familias virtuales.-**

“Los medios de comunicación (mídia) permiten la interacción de los miembros de una familia de una manera distinta. Una familia distante en lo físico pero comunicada. Sin calor humano pero informada” (Varsi, 2011. P. 86).

- **Familias transnacionales**

“Aquellas que se dan por diversos motivos en el orden de la rotatividad del trabajo de los progenitores, los hijos mudan de países, de costumbres, de educación, es una especie de familia cosmopolita. Esta se ha redimensionada por aquellos casos de los secuestros de los hijos” (Varsi, 2011. P. 86).

5.8. FUNCIONES DE LA FAMILIA

Desde el punto de vista de Enrique Varsi Rospigliosi, las funciones de la familia son:

5.8.1. Función geneonómica

“Denominada también función procreacional, esta función está relacionada con la conservación de la especie humana de manera orgánica e institucionalizada, formalizándose el acto sexual mediante la familia, por ejemplo, el matrimonio; sin embargo, en la actualidad no resulta determinante la capacidad procreativa para constituir una familia” (2012, P. 41).

5.8.2. Función alimentaria

“La función alimentaria aborda la propia alimentación o sustento, pero también está vinculado con el aspecto educativo, salud, vestido,

vivienda, recreación, entre otros. Amerita prestar atención preferente a los más vulnerables” (2012, P. 41).

5.8.3. Función asistencial

“El ser humano es un ser social por excelencia, por lo tanto, es primordial la colaboración mutua, ayuda y protección entre los seres humanos, concretamente entre los integrantes del grupo familiar, brindando especial cuidado a los más vulnerables: niños, niñas, adolescentes, madre gestante, adulto mayor” (2012, P. 42).

5.8.4. Función económica

“La familia al ser la célula de la sociedad cumple un rol protagónico, toda vez que la vida misma y el aspecto económico surgen de las necesidades de los individuos y las familias; en consecuencia, la familia es la base de la economía y fomenta el desarrollo social” (2012, P. 42).

5.8.5. Función trascendencia

“Denominada también función sociocultural, porque la familia viene a ser un instrumento de socialización de la persona. Esto es, se considera a la familia como un medio para transmitir valores, vivencias, experiencias y la misma cultura a través de generaciones, consolidándose de esta forma los valores y comportamientos del sujeto; así pueda insertarse al medio social con éxito” (2012, P. 42).

5.8.6. Función afectiva

“La familia está consolidada por una serie de sentimientos, tales como el amor, la comprensión, la solidaridad, los cuales constituyen fuente de integración familiar, que constituyen el sustento moral, espiritual y ético” (2012, P. 43).

SUB CAPÍTULO VI

EL MATRIMONIO CIVIL EN LA LEGISLACION PERUANA

6.1. NOCIÓN DEL MATRIMONIO

En el matrimonio, de acuerdo a Guzmán García:

“Desde antiguo, el Derecho canónico, antecedente inmediato del derecho matrimonial actual, distinguió en el matrimonio dos realidades. Una por la cual se describe el momento en que se celebra el **acto jurídico** que da nacimiento al vínculo matrimonial. Otro, a través del cual se hace alusión al matrimonio en su aspecto de relación constituida a partir del anterior, esto es, la vida matrimonial en sí, la relación conyugal. En tal sentido, llamó a la primera **in fieri**, por referirse a la constitución e **in facto esse** al matrimonio ya constituido” (2002, P. 18)

6.2. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO

De conformidad con el Código Civil del año 1852, “el matrimonio era considerado como la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana” (Guzmán, 2002, P. 18). Posteriormente, “el Código Civil del 1936, omite una definición del matrimonio, haciendo solo referencia a las figuras de los esponsales, impedimentos, consentimiento para el matrimonio de menores, celebración de este, prueba, nulidad, deberes y derechos, Etc.” (Guzmán, 2002, P. 18). Asimismo, se aclara la definición del matrimonio de conformidad con el artículo 234° del Código Civil del año 1984, toda vez que señala expresamente: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de dicho Código, a fin de hacer vida común; teniendo el marido y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”, “lo cual es concordante con lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, en el que se hace mención al principio de promoción del matrimonio” (Guzmán, 2002, P. 18).

De acuerdo con Alex Plácido Vilcachagua:

“El término matrimonio puede tener tres significados diferentes, de los cuales solo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo sentido, es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y, el tercero, es la pareja formada por los cónyuges. Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente (o matrimonio-acto, *in fieri*) y matrimonio-estado, (*in facto esse*), respectivamente. Matrimonio-fuente es el acto jurídico que tiene por objeto establecer la relación jurídica matrimonial. Matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración” (2002, P. 152).

6.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Al matrimonio se le ha conferido “el carácter de contrato y la de institución. El **matrimonio como contrato** postula que es un acto jurídico que se forma por la libre voluntad de los cónyuges del varón y la mujer, y como tal, el matrimonio tiene todos los elementos esenciales de un contrato; por otro lado, el **matrimonio es una institución** por las consecuencias jurídicas que genera, este no se fundamenta, únicamente, en la libre voluntad de los contrayentes, sino que la voluntad de los contrayentes se encuentra limitada por el imperio de la ley, que establece los derechos y deberes de la relación conyugal. En ese sentido, los cónyuges se encuentran sometidos al conjunto de normas, derechos y deberes del matrimonio sin la posibilidad de poder negociar sobre ellas”. Así, de acuerdo a AGUILAR LLANOS “el matrimonio posee una visión dualista: El matrimonio como acto es un contrato, pero como Estado es una institución” (2010, P. 95).

Por otro lado, Enrique Varsi Rospigliosi sostiene que se encuentra tres posturas bien claras con relación a la naturaleza jurídica del matrimonio;

estos son: Teoría contractualista (individualista), Teoría institucionalista (supraindividualista o anticontractualista) y Teoría ecléctica (mixta o social). El autor en mención expresa que:

“(i) Teoría contractualista.- También llamada individualista. Se sustenta en que el matrimonio es un contrato, una relación jurídica en la que prima la voluntad de las partes. Estas tienen libertad para decidir el aspecto económico, objetivos y fines del matrimonio. Este es una especie de contrato de adhesión dado que sus efectos están predeterminados en la ley, siendo imposible pactar en contra de ellos. Dentro de esa teoría se presta especial importancia al régimen patrimonial y las denominadas capitulaciones matrimoniales, pudiendo los cónyuges decidir qué hacer con los bienes, acodar el régimen a someterse, siendo capaces, incluso, de crear aquel que más les convenga a sus intereses personales” (2011, P. 42).

“(ii) Teoría institucionalista.- Llamada también supraindividualista o anticontractualista. Para esta teoría, el matrimonio es una institución trascendental que concierne a la subsistencia y felicidad del hombre en la tierra. Es una forma social de realización de la persona en la que se conjugan una variedad de intereses. La persona contrae matrimonio para compartir su vida, crecer, desarrollarse, lograr sus fines e ideales, realizar su proyecto de vida, su personalización **integral**. Se contrapone a la tesis contractualista, considerando al matrimonio como una institución natural, propia del ser humano. No es un contrato, porque tiene efectos personales que van más allá del simple efecto patrimonial” (2011, P. 44-45).

“(iii) Teoría Ecléctica.- Conocida como teoría mixta o social. Esta teoría sostiene que el matrimonio es un acto complejo, a la vez un contrato y una institución. A nivel local tenemos el criterio de Cornejo Chávez (1987, P. 62) quien se ampara en que *mientras que*

el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución. Se trataría de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido. En su nacimiento y conformación se encuentra la diferencia. De acuerdo a esta teoría, el matrimonio tiene elementos que comparte con el contrato (manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades), pero no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente social que lo presenta como una institución” (2011, P. 45-46).

De acuerdo con Enrique Varsi Rospigliosi, “en el Código Civil peruano, rige la teoría ecléctica del matrimonio” (20011, P. 46). A continuación, se indica la diferencia entre el contrato y el matrimonio:

ELEMENTOS	CONTRATO	MATRIMONIO
Error	El consentimiento debe presentarse libremente, sin vicios de la voluntad.	Solo el error y la violencia vician el consentimiento.
Objeto	Obligaciones de carácter económico. Dar, hacer o no hacer.	Obligaciones recíprocas entre los cónyuges de carácter personal.
Forma	La manifestación de voluntad es libre sin más límite que el orden público y las buenas costumbres.	Exige formalidades y solemnidades.
Disolución	Consensuada entre las partes.	Establecida por funcionario público.
El matrimonio termina siendo más que un simple contrato.		

*Figura N° 02: “El matrimonio es un acto complejo, un contrato en cuanto a su formación y una institución en lo referente a su contenido. Se distingue entre el **matrimonio-fuente del matrimonio-estado**, el primero con una naturaleza contractual, el segundo de naturaleza institucional” (Bonnecase, como se citó en Varsi, 2011, P. 46)*

6.4. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

Teniendo en cuenta a Enrique Varsi Rospigliosi, “el matrimonio como acto jurídico presenta un conjunto de caracteres que lo diferencian y lo hacen especial frente a las demás instituciones del Derecho Civil” (2022, P. 47), siendo los que se detallan a continuación:

6.4.1. Acto jurídico

Se sostiene que el matrimonio es un acto jurídico, porque “crea relaciones jurídicas familiares, relaciones conyugales y un estado de familia, generando un marco amplio de regulación, modifica el estado civil, el nombre, extingue el régimen económico personal constituyendo el régimen económico matrimonial” (2011, P. 47).

6.4.2. Institución jurídica

El matrimonio como institución jurídica “es fuente principal de constitución de la familia. Se considera que sin el matrimonio no se concibe una comunidad familiar fuerte, estable y duradera, de allí que muchas veces se considere al matrimonio como sinónimo de familia” (2011, P. 48).

6.4.3. Unión heterosexual

La unión heterosexual consiste en que el “hombre y mujer lo constituyen. Como pareja que se integran y complementan. Cada quien da lo suyo, en reciprocidad y entrega, creando en conjunto su descendencia. Se dice que el matrimonio entre personas del mismo sexo va en contra de las buenas costumbres y está sujeto a nulidad virtual contemplada en el artículo V del Título Preliminar y en artículo 219, inciso 8 del Código Civil. Esta característica divide la doctrina en Brasil” (2011, P. 48).

6.4.4. Perdurable

El matrimonio es perdurable, porque “no es admisible el matrimonio a plazo determinado lo que no resta posibilidad al hecho de la disolución del vínculo conyugal vía divorcio. Como dice Guillermo Borda (2008, P. 40), *en la institución hay siempre un íntimo y connatural sentido de permanencia*” (2011, P. 48).

6.4.5. Legalidad y forma

Se manifiesta que “su establecimiento y constitución están unidos a una forma que debe cumplirse, es la teoría de la celebración matrimonial, de allí que no todas las uniones sean matrimonios, mientras que todos los matrimonios implican necesariamente una unión” (2011, P. 48).

6.4.6. Comunidad de vida

Esta característica “involucra que los cónyuges deban hacer una vida en común, compartirse, entregarse mutuamente a fin de lograr la integración de la familia sustentada en vivencias. Entendida como unidad conyugal, la comunidad de vida se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deberán compartir de un mismo destino: Vivir bajo un solo techo, compartir la mesa y yacer en mismo tálamo, esto es, gozar no solo de las excelencias que brinda el hogar conyugal, sino también soportar el peso de la vida marital” (2011, P. 48).

6.4.7. Monogámica

“La monogamia está relacionada con el deber de fidelidad, siendo un límite a la concupiscencia. De allí que Francois Laurent diga que el matrimonio, como fundamento de la sociedad, es base de la moralidad pública y privada. A nuestro criterio creemos que son tres los caracteres del matrimonio: Unidad, permanencia y juricidad” (2011, P.49).

6.5. FINALIDAD DEL MATRIMONIO

Se sostiene con respecto a la finalidad del matrimonio:

“En la doctrina moderna existe unanimidad de criterio para establecer que los fines del matrimonio son la vida en común para la ayuda mutua y la procreación, con la correspondiente educación de la prole. Delineando el tema es sencillo sostener que existen dos

grandes finalidades del matrimonio: **a)** Individual, mutuo auxilio en una plena comunidad de vida, y; **b)** General, la procreación y educación de la prole” (VARSI ROSPIGLIOSI, 2011, P. 54).

“A criterio de la normativa civil, la finalidad del matrimonio, teniendo en consideración lo establecido en el primer párrafo del artículo 234 del Código, es la vida en común, el compartirse, entregarse, uno al otro y el otro a uno. En cierta manera existe unanimidad en que, a través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia; sin embargo, esto va cambiando conforme los entornos sociales se van haciendo más liberales” (VARSI ROSPIGLIOSI, 2011, P. 54).

6.6. ELEMENTOS DEL MATRIMONIO

Enrique Varsi Rospigliosi señala con respecto a los elementos del matrimonio:

“Tanto en el Código Civil de 1852 como en el de 1936 cuando se trata de los elementos del matrimonio se refieren a los sujetos que intervienen en dicha figura jurídica, los cuales son el hombre y la mujer. Con el Código Civil de 1984, los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234, son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración” (2011, P. 55).

“De estos elementos han surgido variedad de teorías que trata de consagrarlo. Una, establece que el matrimonio es la unión intersexual reconocida por ley. Otra, define al matrimonio como la unión libre, voluntaria y sujeta a forma, a través de la cual dos personas se unen para hacer vida en común. Y, una tercera, considera

que el matrimonio es la comunidad jurídica que consagra la vida conyugal” (2011, P. 56).

6.7. REQUISITOS DEL MATRIMONIO

A juicio de Enrique Varsi Rospigliosi, los principales requisitos del matrimonio abordados de manera general vienen a ser los siguientes:

- 6.7.1. “Fisiológicos.- a.** Diferencia de sexos, **b.** Pubertad, **c.** Potencia sexual, **d.** Sanidad nupcial” (2011, P. 57).
- 6.7.2. “De orden ético y social.- a.** Ausencia de vínculo matrimonial, **b.** Ausencia de consanguinidad, **c.** Ausencia de afinidad, **d.** Ausencia de adopción, **e.** Ausencia de crimen, **f.** Ausencia de tutela/curatela, **g.** Plazo de viudez, **h.** Mayoría de edad” (2011, P. 57).
- 6.7.3. “De libre consentimiento.- a.** Sanidad mental, **b.** Capacidad para manifestar voluntad de manera indubitable en caso de sordomudos, ciegosordos y ciegomudos, **c.** Ausencia de raptos/retención violenta, **d.** Estado de conciencia” (2011, P. 57).
- 6.7.4. “Personales.- a.** Voluntad, **b.** Disposición” (2011, P. 57).
- 6.7.5. “Formales.- a.** Declaración de voluntad, **b.** Funcionario competente, **c.** Documentación, **d.** Testigos, **e)** Publicación, **f)** Oposición, **g)** Denuncia, **h)** Declaración de aptitud nupcial. **i)** Celebración” (2011, P. 57-58).

6.8. EL MATRIMONIO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y NORMATIVA INTERNACIONAL

El artículo 4° de la Constitución Política del Estado, a partir de 1993, declara: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley”.

De la misma forma, el artículo 23°, numerales 2 y 3, del **Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos** (1976) prescriben lo siguiente: "2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes".

A su turno, el artículo 17°, numerales 3 y 4, de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH (1969)** postula: "3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo (...)".

Bernales Ballesteros manifiesta que "el reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad equivale a colocarlos como precedentes en orden de prioridad y de existencia real a la ley; no son constituidos por ella, sino que existen desde antes de la ley; esta solo los reconoce. Su reconocimiento como institutos fundamentales equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos y que, por lo tanto, son materia de promoción, protección y conservación" (1996, P. 192).

De lo descrito, se tiene que la Carta Magna de ninguna manera alude el concepto relacionado al matrimonio con respecto a su contenido; no obstante, se cuenta con un precepto legal, donde se precisa dicho concepto de alguna u otra manera, esto es, el **artículo 234° del Código Civil, que prescribe** lo siguiente: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

Efectivamente, en Perú, se ha precisado legalmente que "el matrimonio es la unión voluntaria de un varón y una mujer" (artículo 234 del Código Civil); aunado a ello, la misma Constitución Política brinda

protección. Sin embargo, resulta necesario resaltar que la legislación internacional, concretamente la **Convención Americana sobre Derechos Humanos-CADH** (1969), postula “que el matrimonio debe celebrarse con libre y pleno consentimiento de los contrayentes”, no hace una distinción expresa de los contrayentes, varón y mujer, lo cual da lugar a que los contrayentes no siempre sean del mismo sexo como se está dando en otras latitudes, pero en Perú solo debe ser “entre un varón y una mujer libre de impedimento matrimonial” (artículo 234 del Código Civil).

SUB CAPÍTULO VII

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

7.1. EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN EL PERÚ

Carmen Julia Cabello sostiene que “la expresión *Divorcio* proviene de la voz latina *Divortium*, que hace alusión a la actitud de los cónyuges quienes, después de haber recorrido un trecho de existencia, se alejan por distintos caminos, por lo tanto, significa separación, siendo esa la razón de que dicho término haya sido utilizado indistintamente para hablar tanto del divorcio vincular, o divorcio propiamente dicho, como del divorcio relativo, o separación de cuerpos” (1999, P. 31).

De acuerdo a Carmen Julia Cabello Matamala “en la historia del Perú, se reconoce a la institución del divorcio pleno, absoluto o vincular, a partir de 1930; sin embargo, existen registros del divorcio en el Perú que datan de los siglos XVII y XVIII, es decir, cuando la familia se basaba únicamente en el matrimonio religioso y el divorcio de entonces solo daba lugar a una separación de mesa y de lecho, mas no habilitaba a los divorciados para contraer nuevas nupcias” (1999, P. 33).

7.1.1. Divorcio según el Código Civil de 1852

Que, “el Código Civil Peruano de 1852 no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos” (Cabello, 1999, P. 32). Siendo así, el artículo 191° del Código Civil del Perú de 1852 prescribía textualmente lo siguiente: “Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”.

En ese sentido, “a diferencia de lo que establece el Código Civil vigente, que define al divorcio como la disolución definitiva del vínculo matrimonial, esta situación no ocurría bajo la vigencia del código de 1852; siendo, además, competentes los Tribunales Eclesiásticos, quienes conocían de los elementos y efectos civiles del matrimonio” (Cabello, 1999).

En cuanto a las causales ante las cuales procedía este divorcio – separación, fueron expresadas taxativamente en el artículo 192° del acotado cuerpo normativo, las siguientes:

“1) El adulterio de la mujer. 2) El concubinato, o la incontinencia pública del marido. 3) La sevicia o trato cruel. 4) Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro. 5) El odio capital de uno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas. 6) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad. 7) Negar el marido los alimentos a la mujer. 8) Negarse la mujer, sin graves y justas causas, a seguir a su marido. 9) Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales. 10) La ausencia sin justa causa por más de cinco años. 11) La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación. 12) Una enfermedad crónica o contagiosa. 13) La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante” (Código Civil de 1852).

Desde el punto de vista de Cabello Matamala sostiene que “este Código, como puede verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el Derecho Español y el Derecho Canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monogámico e indisoluble, sustentándose por ello una actitud plenamente antiodivorcista” (1999, P. 33).

7.1.2. Divorcio según el Código Civil de 1936

Que, “el Código Civil de 1936, se inspiró en el movimiento de laicización y mantuvo inalterables las disposiciones sobre matrimonio civil obligatorio y divorcio; admitía el divorcio vincular, si bien no lo definía, por las causales expresamente señaladas en el artículo 247, incisos 1° al 9°, de carácter específico, aunque, además, consentía el mutuo disenso (inciso 10°) como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio” (CABELLO, 1999, P. 33).

A continuación, se tienen las siguientes causales de divorcio de conformidad al artículo 247° del Código Civil de 1936:

“Artículo 247. Son causas de divorcio: 1.- El adulterio; 2.- La sevicia; 3.- El atentado contra la vida del cónyuge; 4.- La injuria grave; 5.- El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos; 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común; 7.- El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes; 8.- La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio; 9.- La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio; 10.- El mutuo disenso, con arreglo a las disposiciones del título tercero” (Código Civil de 1936).

Carmen Julia Cabello sostiene que el “el Decreto Supremo N° 95 del 1 de marzo de 1965, estableció la Comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquel Código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto del Libro de Familia, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances” (1999, P. 34).

7.1.3. Divorcio según el Código Civil de 1984

El artículo 333° del Código Civil detalla taxativamente las causales del divorcio en el Perú, cuyo texto normativo fue modificado por el artículo 2° de la LEY N° 27495 de fecha siete de julio de 2001, ley que incorpora la separación de hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio.

En ese sentido, a continuación, se detallan las causales del divorcio previsto en el Código Civil de 1852, 1936 y 1984:

CODIGO CIVIL 1852 ARTICULO 192	CODIGO CIVIL 1936 ARTICULO 247	CODIGO CIVIL 1984 ARTICULO 333
1. El adulterio de la mujer	1. El adulterio	1. El adulterio
2. El concubinato o la incontinencia pública del marido	2. La sevicia	2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciara según las circunstancias
3. La sevicia o trato cruel	3. El atentado contra la vida del cónyuge	3. El atentado contra la vida del cónyuge
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro	4. La injuria grave	4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común
5. El odio capital de alguno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves, o por graves injurias repetidas.	5. El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos.	5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad	6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común	6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común
7. Negar el marido los alimentos a la mujer.	7. El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes.	7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomania, salvo lo dispuesto en el artículo 347
8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas a seguir a su marido.	8. La enfermedad venerea grave contraída después de la celebración del matrimonio.	8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio
9. Abandonar la casa común, o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.	9. La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.	10. El mutuo disenso, con arreglo a las disposiciones del título tercero.	10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio
11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación		11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial
12. Una enfermedad crónica contagiosa		12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante		13. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio

Figura N° 03. Evolución legal del divorcio en el Perú. El cuadro plasma el tratamiento jurídico en el Perú, esto es, el “análisis de los Códigos civiles vigentes en su momento en el Perú”. Por Enrique Varsi Rospigliosi, 2011, P. 329-330.

7.2. DEFINICIÓN DE DIVORCIO

Carmen Julia Cabello Matamala sostiene con respecto al tópico del divorcio lo siguiente:

“Por el divorcio, a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causales expresamente establecidas en la ley, debiendo los

hechos que la constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido, en caso contrario, estaríamos incurso en otra institución: la invalidez matrimonial” (2001, P. 401).

El divorcio “es una institución del derecho de familia que consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo los excónyuges su capacidad para contraer matrimonio” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 319).

Asimismo, “el divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial” (“Casación N° 2239-2001-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 31/01/2003”).

7.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO

Que, “la causal de divorcio involucra un hecho ilícito en tanto importa la violación de deberes emergentes del matrimonio” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 327).

7.4. CLASES DE DIVORCIO

La doctrina y el Tercer Pleno Casatorio Civil esbozan dos tipos de divorcio en el sistema nacional:

7.4.1. Divorcio Sanción:

Que, “es aquella que manifiesta que ante el fracaso matrimonial se busca al responsable de este fracaso, quien es sancionado por la ley. Dentro de la teoría del divorcio sanción, se establecen causales específicas y taxativas, todas ellas describiendo inconductas” (III Pleno Casatorio Civil-Casación 4664-2010, Puno).

Respecto “al Divorcio como sanción, de acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada convincente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal” (Diez-Picazo y Gullón, 1998).

7.4.2. Divorcio Remedio:

En este tipo de divorcio “no se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente en el que se incumplen los deberes conyugales, aquí no interesa buscar al que provocó la situación, sino solucionarla” (Tercer Pleno Casatorio Civil-Casación 4664-2010, Puno). Luis Diez-Picazo y Gullón Antonio (1998), postulan que “diferente es la óptica en la tesis que hemos llamado frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla”.

Asimismo, “el divorcio como remedio se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva, no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por eso, se acepta la separación personal o el divorcio vincular por petición conjunta de los esposos, en la que ellos están dispensados de poner de manifiesto las causales que motivan su petición” (Bossert y Zannoni, 1996).

Asimismo, se sostiene que “entre los postulados que se resaltan en la concepción del divorcio-remedio se encuentran: **a)** El divorcio será siempre tratado como una situación de excepción: no se pretende desestabilizar la institución jurídico social del matrimonio, sino sencillamente dar una solución a los casos en que excepcionalmente, la comunidad de vida que implica la relación conyugal se ha roto de un modo irrevocable. **b)** El divorcio debe ser concebido no como una pena o sanción ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes maritales, sino como un camino de salida, un remedio, para aquellos casos en los que el conflicto ha llegado a tal grado de agudización que resulta imposible mantener la comunidad de vida que implica el matrimonio” (Corral, 2005).

7.5. CARACTERÍSTICAS DEL DIVORCIO

De acuerdo a Enrique Varsi Rospigliosi, “el divorcio como institución de derecho de familia tiene las siguientes características: **a)** Es una institución que no es promovida por el ordenamiento jurídico peruano, tomando en cuenta el principio de promoción y conservación del acto matrimonial. Así pues, se establecen causales cerradas y taxativas en virtud de las cuales se pueda acceder a esta institución de familia. **b)** Implica la disolución jurídica definitiva del vínculo conyugal. **c)** Extingue el estado de familia conyugal. **d)** Genera un nuevo estado de familia: divorciado(a). **e)** Extingue la sociedad de gananciales. **f)** Cuando no hay acuerdo de voluntades debe establecerse una causal. Cuando hay acuerdo de voluntades la disolución del vínculo conyugal se obtiene de manera indirecta, luego de un periodo de separación de cuerpos. **g)** Respecto de la filiación genera el desdoblamiento de los elementos de la patria potestad como la tenencia y el régimen de visitas” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 320).

7.6. EFECTOS DEL DIVORCIO

Se encuentran dos efectos en cuanto al divorcio, según Varsi Rospigliosi, estos son:

7.6.1. En cuanto a los cónyuges.- **Se tiene las siguientes características:**

“**a)** Disolución, la ruptura, la extinción del vínculo matrimonial. **b)** Cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades. **c)** Causal de extinción del régimen de sociedad de gananciales. **d)** Pérdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del inocente. **e)** Provoca la extinción de la vocación hereditaria entre ellos. **f)** Posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por el daño moral. Así pues, la indemnización del daño moral al cónyuge inocente solo resultará amparable cuando exista daño moral resarcible, producto del menoscabo de los intereses jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derechos de la personalidad, ocasionados por las acciones o conductas atribuibles al cónyuge culpable del divorcio, a la luz del artículo 351° del Código Civil. **g)** Desaparece el parentesco por afinidad entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 237° del Código Civil, lo dicho no rige para el parentesco en línea recta (suegros y otros ascendientes, y descendientes del excónyuge). También subsiste la afinidad colateral de segundo grado (cuñados y cuñadas) y esta última se mantiene hasta el fallecimiento del excónyuge. **h)** El derecho de la mujer de llevar y conservar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio, si así lo hubiese hecho al casarse, de conformidad con el artículo 24° del Código Civil, cesa tal derecho en caso de matrimonio” (2011, P. 320-321).

7.6.2. En cuanto a los hijos

Que, “los efectos son análogos a los de la separación de cuerpos de conformidad con el artículo 355° del Código Civil: Patria potestad, tenencia y régimen de visitas y Alimentos” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 321).

La doctrina refiere que “las consecuencias personales de la disolución de los matrimonios son múltiples. Así se tiene las filiaciones compartidas (la biológica con la legal), indefinición de bienes sociales (los adquiridos durante el matrimonio y los posteriores en la nueva unión), continuidad de ciertas obligaciones (alimentos al cónyuge indigente), entre otros. Estas consecuencias repercuten en el orden social, generando una descompensación en la esfera de la sociedad que se manifiesta en la falta de credibilidad del vínculo matrimonial (aumento de las uniones de hecho) y formalizaciones de hecho para encubrir el estado civil real (matrimonios masivos)” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 321).

7.7. CAUSALES DEL DIVORCIO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El Código Civil de 1984 enumera taxativamente en el artículo 333°, las trece causales de divorcio. Dichas causales han sido clasificadas en dos tipos de divorcio. Por un lado, se tiene el divorcio remedio previsto en los numerales 1 al 11; mientras, que los numerales 12 y 13 corresponden al divorcio remedio. En esa línea de ideas, se señala a continuación las trece causales de divorcio:

“1. El adulterio. 2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias. 3. El atentado contra la vida del cónyuge. 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los

periodos de abandono exceda a este plazo. 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347° del Código Civil. 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil. 13. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio” (Código Civil de 1984).

SUB CAPÍTULO VIII

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

8.1. DEFINICIÓN DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Que, “la separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, la cohabitación. Nuestra legislación civil relativa al matrimonio, consigna bajo el nombre de cohabitación, al deber que tienen los cónyuges de hacer vida conjunta y comunitaria en el domicilio conyugal, de conformidad con el

artículo 289° del Código Civil, siendo esto es lo que se incumple” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 320-353).

Según la posición de Alex Placido Vilcachahua (2004), en la “legislación nacional hay diversos autores que han coincidido en que la causal de separación de hecho pertenece a la categoría del divorcio remedio”. Asimismo, “la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es, a la vez, una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no 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” (Gaceta Jurídica, 2011).

En esa línea de ideas, se concluye “que el divorcio por la causal de separación consiste en una separación fáctica, una ausencia de convivencia que se aprecia en la práctica y que afecta la relación jurídica conyugal. Se presenta como el incumplimiento del deber que los cónyuges tienen en compartir el lecho, techo y mesa. Se pone fin a matrimonios ficticios, toda vez que el matrimonio existe solo en términos jurídicos, pero dejó de existir en el plano de los hechos”.

La “separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa autorización jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos” (Azpiri, 2000).

La “separación de hecho consiste, como su nombre lo expresa, en la separación fáctica entre cónyuges, quienes en la práctica dejan de compartir la vivencia conjunta de una relación conyugal. Esto engloba el dejar de hacer vida conjunta en el domicilio conyugal, el incumplimiento por un lapso de tiempo determinado de la cohabitación” (Gaceta Jurídica, 2013).

8.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

la naturaleza jurídica del divorcio por la causal de separación de hecho, “se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, como es hacer vida común en el domicilio conyugal. Se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio. En cuanto al fundamento, la causal de separación de hecho pertenece a la doctrina del divorcio remedio, cuya finalidad es dar solución al conflicto conyugal” (Casación N° 0049-2006-Lima).

8.3. PRESUPUESTOS LEGALES PARA CONFIGURAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

De conformidad al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010, Puno), los presupuestos son: material, psicológico y temporal:

8.3.1. Material u objetivo

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

Asimismo, Varsi Rospigliosi sostiene con respecto al elemento temporal que “implica (**i**) ausentarse del hogar conyugal sin autorización judicial, con la sola voluntad del cónyuge que se retira (unilateral) o de una decisión conjunta (bilateral), cuando ambos cónyuges quiebran la

convivencia de facto, o; **(ii)** vivir en una misma casa sin convivir como pareja, incumpliendo el deber de cohabitación o de vida en común” (2011, P. 354).

8.3.2. Sicológico o subjetivo.

Que, “se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges, sea de ambos o de uno de ellos, para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando esta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho” (Casación N° 4664-2010, Puno; fundamento 37).

Igualmente, “no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad, la laboral, que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse” (“Casación N° 4664-2010, Puno; fundamento 37”).

8.3.3. Temporal

Este presupuesto “está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado

en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva. Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339° del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan” (Casación N° 4664-2010, Puno; fundamento 38).

De acuerdo a Enrique Varsi Rospigliosi, el elemento temporal está subdividido en dos aspectos:

- (i) **“Falta de convivencia.**- Se exige un periodo de alejamiento. Es el plazo transcurrido en el que los cónyuges no hacen vida en común. Tiempo en el que no existe convivencia. Con base en la corriente de protección de la familia y de los hijos se ha considerado dos tipos de plazos: Cuando hay hijos menores de edad, el plazo es de cuatro (4) años o cuando no hay o existiendo son mayores de edad, el plazo es de dos (2) años” (2011, P. 354).
- (ii) **“Plazo ininterrumpido.**- La separación de hecho debe cumplir un plazo que no puede ser paralizado o suspendido por actos de convivencia (ni esporádicos, ni ocasionales). Esta es una diferencia con la causal de abandono injustificado. Esta última es una causal con un elemento subjetivo y culposo: el carácter injustificado y, como hemos visto, el propio Código permite que el plazo sea mayor de dos (2) años continuos (ininterrumpidos) o cuando la duración sumada de los periodos de abandono (sumatoria de los plazos interrumpidos) exceda a este plazo (más de dos años)” (2011, P. 354).

8.4. EFECTOS LEGALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

El Tercer Pleno Casatorio Civil (“Casación 4664-2010, Puno”) refiere “que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare, sentencia que es de carácter constitutiva; consecuentemente, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva” (fundamento 42).

El Pleno Casatorio Civil en mención precisa los siguientes efectos legales del divorcio por la causal de separación de hecho:

a) PRIMER EFECTO: “el primer efecto o consecuencia, común a todas las causales, es el de la disolución o rompimiento del del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye, además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil)” (fundamento 42).

b) SEGUNDO EFECTO: “La declaración de divorcio en esta causal específica, está relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones: **(i)** El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. **(ii)** La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable solo al divorcio sanción” (fundamento 44). En ese sentido, también está sujeta a su aplicación correspondiente, lo prescrito en el Código Civil en su artículo 342°: “El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”.

c) TERCER EFECTO: Que, “la norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes: **(i)** Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y de división por partes iguales de los bienes

gananciales, artículo 323 del Código Civil, sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, artículo 324 del mismo cuerpo normativo. **(ii)** Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa, perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro, artículo 352 del Código Civil. **(iii)** El cónyuge separado por culpa suya, pierde los derechos hereditarios que le corresponden, artículo 343 del Código Civil” (fundamento 45).

d) CUARTO EFECTO: “En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por causal de separación de hecho producirá, por remisión del artículo 355 del Código Civil, además los siguientes efectos: **(i)** Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona” (fundamento 46).

Asimismo, se desprende del artículo 24° del Código Civil lo siguiente: “La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de la separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho de llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el Juez”. Otro efecto de “la separación de hecho como causal de divorcio está relacionado a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado”.

SUB CAPÍTULO IX

SENTENCIA DE VISTA QUE APRUEBA O CONFIRMA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y SUS OBLIGACIONES, CONSTITUCIONAL DE CUMPLIR CON DEBIDA MOTIVACIÓN Y OBLIGACIÓN LEGAL TUITIVA DE FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNNYUGE PERJUDICADO

9.1. REQUISITOS DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

La prestación del servicio jurisdiccional, de acuerdo a Franciskovic Ingunza:

“Se obtiene cuando después de un proceso o de los trámites adecuados, el juez o tribunal expide una sentencia que pone fin a la instancia; resolución que implica un acto decisorio que a través de un juicio racional y voluntario conlleva a la apreciación subjetiva de conformidad o disconformidad con la pretensión ejercida por los sujetos de derechos con el derecho objetivo, otorgando o denegando esta. Entonces mediante esta resolución, la sentencia, se materializa la tutela judicial efectiva, esta tiene y debe reunir una serie de requisitos, es decir, debe estar motivada y fundamentada en derecho” (S/F, P. 12).

La sentencia es “un acto jurídico procesal, aquella resolución que emana de los Magistrados y mediante la cual se decide la causa o punto sometido a su conocimiento o se resuelven las pretensiones de las partes o se disponen medidas procesales. La sentencia es la pieza procesal escrita y suscrita por el Juez que contiene el texto de la decisión emitida. Como documento público, debe cumplir una serie de requisitos exigidos por la ley para que tenga: validez, eficacia y fuerza vinculatoria. La sentencia como acto jurídico procesal: es una operación mental analítica y crítica” (S/F, P. 12).

9.1.1. REQUISITOS DE FORMA

La sentencia es una resolución judicial como tal en su estructura contiene lo siguiente de conformidad al artículo 122° del Código Procesal Civil:

“**a)** La indicación del lugar y fecha en que se expiden; **b)** El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden; **c)** La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. **d)** La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente. **e)** El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso; **f)** La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y, **g)** La suscripción del juez y del auxiliar jurisdiccional respectivo”.

Asimismo, presenta en su estructura tres partes: parte expositiva, parte considerativa y parte resolutive.

Tanto en primera instancia como en segunda instancia, del mismo modo, en la Corte Suprema, los autos llevan media firma y las sentencias llevan firma completa del juez o jueces, si corresponde a un órgano colegiado.

9.1.2. REQUISITOS DE FONDO

Los requisitos de fondo, denominado también de carácter material o sustancial, según la doctrina aborda la congruencia y la debida motivación.

Con respecto a la **motivación**, el Código Procesal Civil prescribe en el artículo 121°: “Mediante la sentencia pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y **motivada** sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”. Toda vez que “la motivación de la sentencia es una garantía constitucional que posee todo justiciable y que le permite tener pleno y absoluto conocimiento de las razones que justifican la decisión adoptada por los magistrados” (“Casación N° 2624-2001-Canchas-Sicuani, 02/05/2002”).

Con relación a la **congruencia**, se tiene que la sentencia debe ser congruente entre lo pedido y lo resuelto, toda vez que por el principio de congruencia procesal prescrito en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se establece la emisión de las siguientes sentencias incongruentes:

“**a) La sentencia ultra petita**, cuando se resuelve más allá del petitorio o los hechos; **b) La sentencia extra petita**, cuando el Juez se pronuncia sobre el petitorio o los hechos no alegados; **c) la sentencia citra petita**, en el caso que se omite total pronunciamiento sobre las pretensiones (postulatorias o impugnatorias) formuladas; **d) La sentencia infra petita**, cuando el Juzgador no se pronuncia sobre todos los petitorios o todos los hechos relevantes del litigio” (CASACIÓN N° 288-2012-ICA, fundamento octavo, 09/07/2013). Dichas omisiones y defectos transgreden el debido proceso.

Por otro lado, resulta necesario mencionar que la **Sentencia de Vista** es la resolución judicial de segunda instancia, expedida por la sala de la Corte Superior de Justicia, presenta las mismas características que la

sentencia. Toda vez que dicha resolución, se emite en mérito a la apelación formulada por la parte procesal o tercero legitimado con el propósito de que sea anulada o revocada total o parcialmente, conforme al artículo 364° del Código Procesal Civil.

El modo de proceder con las resoluciones de vista que se expidan con motivo de la revisión de una sentencia de primera instancia, origina en su parte resolutive las posibilidades siguientes:

“**a)** Si existe coincidencia de criterios entre el juez y la sala civil tanto de hecho como de derecho, esta confirma la apelada. **b)** Si la Sala Civil está de acuerdo en parte, sea en los fundamentos fácticos o jurídicos, confirma en una parte y revoca en otra la apelada. **c)** Si la Sala Civil discrepa y no está de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos de la apelada la revoca. **d)** Finalmente, de acuerdo con la parte in fine del artículo 121° del Código Adjetivo, la sentencia puede pronunciarse excepcionalmente sobre la validez de la apelación procesal, en cuyo caso tiene que anular la apelada” (Casación N° 3016-99-Huaura).

Asimismo, se expide dicha resolución cuando vienen al órgano jurisdiccional superior en **vía de consulta**. La consulta prevista por los artículos 408° y 409° del Código Procesal Civil, es entendida como aquel mecanismo legal obligatorio destinado a la revisión de oficio de determinadas resoluciones judiciales, cuya finalidad es la de aprobar o desaprobar el contenido de ellas, previniendo cometer irregularidades, malas prácticas legales o erróneas interpretaciones jurídicas atribuibles al Juzgador de instancia inferior.

Que, “la consulta constituye un trámite obligatorio en el supuesto de no haber apelación. Procede solamente en determinados casos previstos por Ley. El fundamento de la consulta consiste en impedir un error judicial por la existencia de una instancia única, es decir, que a través de la consulta es posible contar con la pluralidad de instancias como principio y derecho

de la función jurisdiccional” (Hinostraza Minguez, 2000, P. 292). El artículo 359° del Código Civil señala: “*Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, esta será consultada (...)*”.

De la misma forma, “la consulta es una institución procesal de orden público impuesta por ley, no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional, en ciertos casos trascendentes, elevar el expediente al superior, y a este efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior” (“Expediente N° 1699-2007-Lima Norte. Sala de Derecho Constitucional y Social. 13/08/2007”).

La consulta, también, “es entendida como (...) un mecanismo de control establecido por la ley procesal, con el fin de que el órgano jurisdiccional determine si la decisión judicial consultada ha sido emitida o no en estricta aplicación de las normas legales correspondientes, en resguardo de intereses superiores a las partes intervinientes en un proceso (...)” (Pimentel, S/F, P. 200).

9.2. OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE MOTIVAR DEBIDAMENTE LA SENTENCIA DE VISTA QUE APRUEBA O CONFIRMA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

La Constitución peruana en el artículo 139°, inciso 5, establece lo siguiente: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”, cuyo precepto constitucional en la presente investigación, se ha interpretado como un derecho fundamental parte del derecho fundamental del debido proceso.

Asimismo, el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha prescrito: “Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son

motivadas bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustenta (...). En virtud a ello, la Corte Suprema ha destacado que “la motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional; por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y, por tanto, deseable social y moralmente” (“Primer Pleno Casatorio, Casación N° 1465-2007-CAJAMARCA, 21/04/2008”).

A su turno, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa, pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. A mayor abundamiento, este Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso” (STC N° 03433-2013-PA/TC).

9.3. OBLIGACIÓN LEGAL TUITIVA DE FIJAR OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

Que, de conformidad al artículo 345°-A del Código Civil:

"Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 (...). El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte

perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. **Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal**, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenida en los artículos 323, 324, 342 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes".

Se señala que “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” (Casación 4664-2010, Puno, fundamento 82). Esto es, “tratándose del tipo de demanda de divorcio (...), el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte –demandante o demandada– implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema” (Casación 4664-2010, Puno, fundamento 86).

Asimismo, el Tercer Pleno Casatorio Civil señala que “la indemnización se funda en la equidad, el enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal, por lo que su cuantificación debe valorar la personalidad de la víctima y la intensidad de la afectación. Existen dos tipos de indemnización, por un lado, el artículo 345-A del Código Civil, hace referencia a uno de índole económico, mientras que el artículo 351° del texto legal acotado, hace referencia al daño moral, el cual no debe vincularse a la tesis referida a la frustración del proyecto de vida. Consecuentemente, cabe

precisar en qué casos del divorcio por la causal de separación de hecho se debe adjudicar al cónyuge perjudicado con los bienes de la sociedad ganancial” (Casación 4664-2010, Puno).

Siendo así, el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación N° 4664-2010-Puno), ha declarado como precedente judicial vinculante la siguiente regla:

“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”.

9.4. LA IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE PERJUDICADO COMO REQUISITO ESENCIAL PARA APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

El precepto Constitucional y la ley ordenan al juez emitir pronunciamiento con relación al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causa de separación. Alvaro de Oliviera sostiene que:

“El derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del

proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio”. (2008, P.163).

Asimismo, de acuerdo al Tercer Pleno Casatorio Civil:

“La naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos” (Casación 4664-2010-Puno, fundamento 11).

Que, “la legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado, y a tal efecto, puede hacerlo mediante dos maneras: Una primera forma es mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, incluyendo el daño personal; mientras que, la segunda es la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal” (Casación N° 1484-2007-Huaura).

Asimismo, dicho en palabras de Carmen Julia Cabello Matamala:

“Aspecto de particular importancia resulta ser la determinación del cónyuge perjudicado, particularmente si consideramos la trascendencia de la fijación de los efectos personales y patrimoniales de la disolución, máxime si tenemos en cuenta que el perjudicado no necesariamente ha de coincidir con la persona del cónyuge emplazado, podrá serlo si este es el consorte abandonado en contra de su voluntad, mas no lo será si la separación de los cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere

invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la de abandono injustificado de la casa conyugal, causal para la cual, de acuerdo a un criterio no le requerirán que pruebe los injustificado del abandono, comprendiéndose la inversión de la carga de la prueba de este elemento, mientras que según el otro criterio, se le exigirá que acredite este extremo de los afirmado, optando de este modo por facilitar su causal” (2001, P.416).

A su turno, Díez Picazo manifiesta que:

“Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos–, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico” (2001, P. 43).

9.5. OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUZGADOR DE FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS, COMO EFECTO JURÍDICO DE LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LA CAUSAL DE DIVORCIO

La obligación constitucional del juzgador de fijar de oficio la indemnización a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, se encuentra tutelado en el artículo 4° y artículo 43° de la Constitución Política, toda vez que, se toma en consideración para su interpretación y análisis los principios y valores consagrados en los artículos mencionados, esto es, el deber exclusivo de resguardo a la familia monoparental que nace del divorcio y la fórmula política del Estado Democrático y Social de Derecho.

En ese sentido, el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación N° 4664-2010-Puno), ha declarado como precedente judicial vinculante la regla 2 y 6 del modo siguiente:

“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. (...) **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” (Casación 4664-2010-Puno). En esa línea de ideas, se colige que la indemnización no es únicamente legal, sino también es Constitucional.

Igualmente, se señala el rol protagónico que cumple el Estado en cuanto a la protección integral y/u holística de la familia, concretamente, el consorte perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho:

“Conforme se razona del artículo 345°-A del Código Civil, si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación, a efectos de fijar una indemnización

a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio, y en el entendido que si bien es función inalienable del Estado el velar por la familia dentro de un contexto de empoderamiento integral, esto es, propender a una vida digna, con iguales oportunidades y derechos para las partes, en especial de la mujer, al ser quien por lo general, resulta ser la parte más perjudicada con la ruptura del vínculo matrimonial” (“Casación N° 2178-2005-Lima, 13/03/2007”).

9.6. ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

El Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación N° 4664-2010-Puno), ha declarado como precedente judicial vinculante la siguiente regla:

“**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 circunstancia relevantes”.

Asimismo, el aludido Pleno Casatorio Civil señala que “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” (“Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 50”).

El Tercer Pleno Casatorio Civil argumenta que:

“El caso típico de la separación de hecho, se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retomar al hogar”. Igualmente, postula que “aun en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, **el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor**” (Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 51).

En el Tercer Pleno Casatorio se sostiene que “pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: **a)** Cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser

maltratados). **b)** Cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar, porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. (...) en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor” (Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 52).

Asimismo, la doctrina ha establecido que “las circunstancias que debe considerar el juez para determinar la procedencia y el monto de la compensación económica, entre otras”:

“(i) El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; (ii) La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; (iii) La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; (iv) La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; (v) La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; (vi) La atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo” (Pandiella Molina, 2015, P. 6).

Igualmente, la legislación española aborda el tema de la siguiente manera:

“El desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges, sino que provenga del hecho objetivo del

apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes” (artículo 97 del Código Civil Español, modificado por artículo 9 de la Ley 15/2005 en fecha 08 de julio de 2005).

De acuerdo al Tercer Pleno Casatorio Civil, a efectos de analizar el extremo de la indemnización al cónyuge perjudicado, se debe tomar en consideración lo siguiente:

“Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: **a)** los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda; **b)** de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso. **En el primer supuesto**, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de este, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo, el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia

física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación. **En el segundo supuesto**, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros” (Casación N° 4664-2010-Puno).

9.7. EL DAÑO

9.7.1. CONCEPTO DEL DAÑO

De acuerdo a Juan Espinoza Espinoza, “el daño como unidad conceptual puede ser analizado desde su naturaleza como perjuicio y lesión a un interés jurídicamente tutelado (**daño evento**) o desde sus consecuencias o efectos negativos, ya sean estos patrimoniales o no (**daño consecuencia**)” (2013, P.252). En ese sentido, “el interés lesionado y las consecuencias negativas de su lesión son momentos vinculados ente sí, mas no coincidentes, pues de una lesión sobre el patrimonio de un sujeto, pueden derivarse consecuencias también de índole personal y viceversa” (Pastrana, 2017).

Con relación a dicho extremo, el Código Civil en su artículo 1969° alude: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Lo descrito permite colegir que “el daño puede ser una acción u omisión, ilícita y antijurídica, que contraviene el principio de *alterum nom laedere* (el deber de no dañar a nadie); en consecuencia, se tiene que producir el daño para que se dé la obligación de repararlo” (Espinoza, 2013, P.252).

Por otro lado, “actualmente se acepta en el ordenamiento jurídico peruano que los **daños resarcibles** que puede sufrir una persona son los llamados **daños patrimoniales** (*daño emergente y lucro cesante*) y los **extra-patrimoniales** (daño moral y daño a los derechos de la personalidad, agrupados genéricamente en daño a la persona) o también llamados daños económicos o no económicos, materiales o inmateriales, etc.” (Chang, 2018).

9.7.2. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

Fernández Cruz propone la siguiente clasificación del daño (2014, P. 240):

9.7.2.1. Daño evento

El daño evento “se trata de la constatación fáctica del **daño** o la lesión en sí misma considerada sobre la esfera jurídica del sujeto. En este sentido, el **daño** es el resultado o evento material del hecho generador de responsabilidad. Aquí el requisito de la certeza material del daño cobra vital importancia, distinguiéndose únicamente por la **naturaleza del ente afectado** a raíz del evento lesivo en”:

- a) **Daño no patrimonial o extrapatrimonial:** “Es la lesión a la integridad psicosomática del sujeto de derecho, así como el daño que atenta contra los derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional y los tratados internacionales” (León Hilario, 2003, P.232).

Justamente, “en este catálogo de **daños** se encuentran el **daño a la persona** y al **daño moral**” (Pastrana, 2017).

Desde el punto de vista de Juan Espinoza Espinoza, “el **daño** a la persona es entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas” (2013, P. 252). Es decir, “es el **daño** ocasionado a la entidad misma del sujeto de derecho, desde que afecta su entidad psicofísica y los derechos fundamentales de su personalidad, tales como la integridad, la salud, la intimidad, entre otros. Ahora bien, respecto al **daño** moral, este se define como aquella lesión o padecimiento psíquico que crea sufrimiento en el sujeto de derecho producto de la ocurrencia del **daño**” (Pastrana, 2017). En ese sentido, “el **daño** a la persona y el **daño** moral, pese a tener una relación de **género a especie**, guardan una diferencia sustancial, pues mientras el primero siempre responde a la función reparatoria de la responsabilidad civil a través de una indemnización, por ser normalmente valuable; el segundo, es siempre de naturaleza temporal y afecta la psiquis interna del sujeto, por lo cual no es susceptible de valuación económica en términos objetivos” (Pastrana, 2017).

- b) **Daño patrimonial:** “Es el que afecta directamente el patrimonio del sujeto, es decir derechos de naturaleza económica como el de propiedad y otros conexos. Un ejemplo de la diferencia entre ambos tipos lo encontramos en el **daño** que se genera a la integridad física cuando sufrimos un atropello y perdemos un miembro del cuerpo (**daño no patrimonial**) o el menoscabo a nuestro patrimonio cuando sufrimos un robo (**daño patrimonial**)” (Pastrana, 2017).

9.7.2.2. Daño consecuencia

Que, “desde esta perspectiva, se analizan los efectos económicos negativos generados por el **daño** evento, que pueden tener una **causalidad material económica** en sí misma o una de **naturaleza jurídica** o **atributiva** dispuesta por la norma” (Fernández, 2014, P. 237). Estos se subdividen en:

- (i) **Daño emergente:** “Representa la extracción de una utilidad preexistente del patrimonio del sujeto; es decir, el empobrecimiento o disminución que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa del **daño** evento. Por ejemplo, el daño generado al patrimonio producto de los gastos médicos y de hospitalización en los que haya que incurrir con ocasión de un accidente automovilístico” (Pastrana, 2017).
- (ii) **Lucro cesante:** “Importa la pérdida de una utilidad previamente inexistente que el sujeto presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el daño; es decir, la presumible ganancia o incremento en el patrimonio cuyo ingreso a la esfera patrimonial se impide. Ejemplo, el daño generado al patrimonio producto de la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo en caso de ocurrir un accidente de tránsito” (Campos, 2017, P. 102).
- (iii) **Daño moral (en sus efectos patrimoniales):** Que, “pese a que el daño moral como daño no patrimonial pone énfasis en el daño evento, por disposición legal basada en criterios de justicia y de acuerdo con la función aflictivo-consolatoria de la responsabilidad civil, este mismo debe ser indemnizado a través de una reparación económica, destinada a mitigar los efectos del daño, pues este es imposible de ser reparado por su naturaleza no

cuantificable” (León, 2003, P. 240). Así se puede citar como ejemplo, “la indemnización que se otorga a un sujeto que perdió un familiar muy cercano producto de un choque vehicular” (Pastrana, 2017).

9.7.3. Daño al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho

9.7.3.1. Daño al proyecto de vida matrimonial

Carlos Fernández Sessarego señala con respecto al proyecto de vida matrimonial lo siguiente:

“(…) El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. (...) es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única *manera de ser*. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital (...)” (Fernández Sessarego, 2001, P. 28).

En el caso, “María Elena Loayza versus Perú”, la Corte Interamericana establece la diferencia que existe entre los distintos tipos de daño del modo siguiente:

“El *daño al proyecto de vida* es una *noción distinta* a la de otros tipos de daños como el *lucro cesante* y el *daño emergente*. (...) se establece que el daño al proyecto de vida ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el daño emergente. El *lucro cesante*, se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ***proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas***” (Parágrafo 147 de la sentencia. Fojas 41, 27/11/1998).

Asimismo, con relación al daño del proyecto de vida matrimonial, se postula como:

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

protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho” (Casación N° 4921-2008-LIMA).

En ese sentido, “el régimen del matrimonio tiene como punto de confluencia, se establece el compromiso de llevar adelante un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Según el Diccionario de la Real Academia Española, proyectar es *idear, trazar o proponer el plan y los medios para la ejecución de algo*. Esto es, se unen ya sea en matrimonio o convivencia, basadas en el afecto de pareja, al unirse, idean una vida en común, se proponen formar una familia y buscan los medios necesarios para la ejecución de ese plan, por ejemplo, tener una vivienda en común, conseguir un trabajo digno para solventar los gastos diarios que implica un hogar, etc.”.

9.7.3.2. Daño a la persona: naturaleza jurídica

Se sostiene que “la relación que hay entre **daño a la persona y el daño moral es de género a especie**. (...) El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente (...)” (CASACIÓN N° 5060-2011-HUAURA, 14/11/2012).

En el caso del derecho peruano, quien incorpora el concepto de daño a la persona, es Carlos Fernández Sessarego, precisando que dicho concepto “supone la reparación de las consecuencias de todo orden del daño causado a lo que constituye el ser humano, es decir, a la unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Por tanto, son objeto de reparación las consecuencias de los daños ocasionados al cuerpo en sentido estricto, y a la *psique*. Pero sobre todo debe atenderse a la reparación de las consecuencias del daño al ejercicio de la libertad en cuanto expresión mundana de una decisión subjetivamente libre” (S/F, P. 61).

En esa línea de ideas, Carlos Fernández Sessarego, refiere que “la noción de daño a la persona comprende todos los daños que inciden o lesionan el ente ser humano, entendido como estructura psicosomática, constituida y sustentada en su libertad” (2014, P. 5).

9.7.3.3. Daño Moral (dignidad de la persona)

Con respecto al daño moral “es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. (...) estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor” (Casación 4664-2010-Puno, fundamento 71).

Del mismo modo, el Tercer Pleno Casatorio Civil ha establecido que:

“La indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique *un cambio de vida* para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse *un mínimo* o *un máximo*, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros” (Casación 4664-2010-Puno, fundamento 74).

A la par, se sostiene que para efectos del daño moral “también se tendrán en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aun las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes” (CASACIÓN 5060-2011-HUAURA, 14/11/2012).

Carlos Fernández Sessarego concluye “que el concepto *daño moral* debe seguir denotando aquello a lo que históricamente se ha referido: al dolor o sufrimiento humanos *pretium doloris*, experiencia de carácter subjetivo, ya que se contrae a emociones psíquicas no patológicas” (S/F, P. 84).

9.8. CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Que, el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú), ha declarado como precedente judicial vinculante la regla 6 del modo siguiente “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” (Casación 4664-2010-Puno). Siendo así, la indemnización goza también de un amparo Constitucional.

El Tercer Pleno Casatorio Civil prescribe: “La indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral” (Casación N° 4664-Puno, fundamento 49).

De acuerdo al “artículo 345°-A del Código Civil, si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación, a efectos de fijar una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio, y en el entendido que si bien es función inalienable del Estado el velar por la familia dentro de un contexto de empoderamiento integral, esto es, propender a una vida digna, con iguales oportunidades y derechos para las partes, en especial de la mujer, al ser quien por lo general, resulta ser la parte más perjudicada con la ruptura del vínculo matrimonial” (“Casación N° 2178-2005-Lima, 10/05/ 2006”).

La indemnización “es una obligación legal derivada de la separación de hecho, consistente en el derecho que nace a 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” (Valverde; 2011).

Luis Genaro Alfaro Valverde señala que “la indemnización regulada en la causal de separación de hecho no es un tipo de responsabilidad civil, sino que tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata de una obligación legal indemnizatoria interpuesta a uno de los cónyuges a favor del otro a fin de corregir la inestabilidad o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho” (2012, P.25).

9.9. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Según el Tercer Pleno Casatorio Civil, “la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis, se establece tomando en consideración qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta aplicable; en consecuencia, el contenido y extensión de aquella indemnización” (Casación N° 4663-2010-Puno). En ese sentido, se presenta diferentes enfoques con respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización en el proceso del divorcio por la causal de separación de hecho:

9.9.1. Carácter alimentario

Que, “se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentario; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el

sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible, mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 52).

9.9.2. Carácter reparador

Con respecto al carácter reparado, “se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial, y al efecto se establece una pensión y compensatoria” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 53).

9.9.3. Carácter indemnizatorio

Asimismo, con respecto al carácter indemnizatorio, “se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización, es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial. En esta posición, se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 53).

9.9.4. Carácter de obligación legal

Por otro lado, se “postula que la indemnización tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges, el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento

del cónyuge más débil. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la **equidad** y en la **solidaridad familiar**. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es, de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no solo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal), sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 53).

9.9.5. Carácter de responsabilidad civil extracontractual

Que, “esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: **i)** el daño y perjuicio, **ii)** antijuricidad, **iii)** factor de atribución o imputabilidad, **iv)** relación de causalidad” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 53).

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

de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 53).

9.9.6. El sistema normativo peruano

Que, “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: **i)** el pago de una suma de dinero o, **ii)** la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo, pero a la vez, con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 54).

Asimismo, “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” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 54). A su turno, Eusebio Aparicio Auñon refiere: “(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen ser desiguales” (1999, P. 40-41).

El principio de “la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, admite por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios pertinentes y razonables, que sirvan de referentes para identificar al consorte más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el

quantum indemnizatorio” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 54).

Por otro lado, se debe tener en consideración que “la indemnización de ninguna manera tiene un carácter alimentario, porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia, sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el consorte. En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 55).

Que, “en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable, como fundamentos, los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebidos debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento, solidaridad conyugal, se considera 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” (Vilcachagua, 2010).

Consecuentemente, “se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en efecto, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 56).

Siendo así, resulta fundamental precisar con respecto “a la naturaleza jurídica de la indemnización, el criterio adoptado por el profesor Leysser León Hilario, en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar. En ese sentido, no resulta pertinente aplicar a la indemnización en mención las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de esta, ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o las *concausas*, entre otras” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 57).

9.10. COMPONENTES DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Se postula que “la indemnización tiene dos componentes: **a)** la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la *estabilidad económica* del cónyuge más perjudicado y, **b)** el daño personal sufrido por este mismo cónyuge” (Casación N° 1914-2009-Lima Norte).

De acuerdo al Tercer Pleno Casatorio Civil:

“En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal” (fundamento 58).

“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. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí” (Fundamento 59).

Siendo así, “para que proceda la indemnización (juicio de procedibilidad) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal– del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues se trata del divorcio remedio. Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 61).

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

desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos” (Casación N° 4663-2010-Puno, fundamento 61).

9.11. DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA ADJUDICACIÓN DE BIENES EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Que, “en principio, no es presupuesto *sine qua non* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio– cualquiera de los cónyuges” (Casación N° 2080-2007-Cusco, 30/05/2008); es más, pudo haber existido un acuerdo entre las partes para que se dé por terminada el vínculo matrimonial.

Sin embargo, “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” (Casación N° 241-2009-Cajamarca, 31/05/2010). En consecuencia, “la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente, porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación” (Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 62).

El Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación N° 4664-2010-Puno), ha declarado como precedente judicial vinculante la siguiente regla:

“**3.** Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes la sociedad conyugal: **3.1.** A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesorio o en la reconvencción, 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”.

SUB CAPÍTULO X

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN POR LAS SENTENCIAS DE VISTA POR INCUMPLIR LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE DEBIDA MOTIVACIÓN Y LA OBLIGACIÓN LEGAL TUITIVA DE FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Se advierte y evidencia en las Sentencias de Vista emitidas en el año dos mil dieciocho la vulneración del derecho a la debida motivación, incumpléndose de este modo con la obligación constitucional de debida motivación y la

obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho.

Toda vez que de conformidad con el segundo párrafo del **artículo 345°-A del Código Civil**, “**el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal (...)**”.

Asimismo, en relación a la Indemnización por daños, el Tercer Pleno Casatorio (“Casación N° 4664-2010 – Puno”) establece como regla número 2, que constituye precedente vinculante, “en los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado, así como la de sus hijos (...); aun si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. **Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad**”.

En ese sentido, a continuación, se efectúa el análisis general de las 24 sentencias de vista, donde no se ha solicitado expresamente indemnización a favor del cónyuge perjudicado; en consecuencia, el magistrado debe emitir pronunciamiento con respecto a dicho extremo de oficio por mandato legal. Asimismo, de manera complementaria, se ha efectuado el análisis de 11 sentencias de vista, donde una de las partes procesales ha solicitado indemnización como pretensión accesorio (demanda o reconvenición). En ese orden de ideas, se tendrá un análisis detallado en el Capítulo IV (resultados).

10.1. SENTENCIAS DE VISTA DONDE SE EMITE PRONUNCIAMIENTO DE OFICIO CON RESPECTO A LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

Se desprende de las 24 sentencias de vista (se debe emitir de oficio el pronunciamiento respecto a la indemnización) que no se identifica y otorga indemnización al cónyuge perjudicado, pese a existir situaciones concretas y argumentos probados por las partes procesales, así como, la interposición de la demanda por concepto de alimentos para los hijos menores edad y en algunos casos para el propio cónyuge afectado, cuidado y atención de los hijos menores de edad, abandono del hogar conyugal por parte de uno de los consortes, en algunos casos hasta la existencia de sentencia por Violencia Familiar.

En ese sentido, el Tercer Pleno Casatorio Civil ha prestado especial atención a los criterios a seguir para otorgar la indemnización o a efectos de adjudicación de bienes a favor del cónyuge perjudicado. Así, establece la regla N° 4, la misma que constituye precedente vinculante, que “en el trámite del proceso deben 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. Se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: **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. **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”.

Siendo así, si bien es cierto, las sentencias de vista emiten pronunciamiento con respecto a la indemnización; no obstante, la argumentación jurídica no se condice con el desarrollo fáctico, porque

simplemente se señala “no se emite pronunciamiento con relación a la indemnización, porque no se identificó al cónyuge perjudicado” y en otros casos, se indica que “no obra medios probatorios para otorgar indemnización al cónyuge perjudicado”, en ambas circunstancias sin mayor análisis. Se colige que dicha situación concreta contraviene el ordenamiento constitucional y legal tuitiva, vulnerando de este modo, el derecho fundamental a la debida motivación, tomando en consideración que se está ante una obligación constitucional y legal tuitiva, cuyo fundamento primordial viene a ser la equidad y la solidaridad familiar.

10.2. SENTENCIAS DE VISTA DONDE SE HA SOLICITADO INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO COMO PRETENSIÓN ACCESORIA

Resulta necesario precisar que este extremo de análisis es complementario a la presente investigación. Se colige de las 11 sentencias de vista (se solicita expresamente por la parte procesal la indemnización) que no se identifica y otorga indemnización al cónyuge perjudicado en un sesenta y tres por ciento (63%), esto es, el cónyuge que alega ser cónyuge perjudicado no es indemnizado, por cuanto supuestamente no acreditó dicha condición; sin embargo, se advierte y evidencia en la demanda, absolución de la demanda y en algunos casos en la formulación de la reconvencción la interposición de la demanda por concepto de alimentos para los hijos menores edad y en algunos casos para el propio cónyuge afectado, cuidado y atención de los hijos menores de edad, abandono del hogar conyugal por parte de uno de los consortes, entre otros; siendo estos algunos criterios para identificar al cónyuge perjudicado y su posterior indemnización de conformidad al Tercer Pleno Casatorio Civil (“Casación N° 4664-2010 – Puno”).

Asimismo, el Tercer Pleno Casatorio Civil (“Casación N° 4664-2010 – Puno”) señala otros indicadores para identificar al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación:

“**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” (Fundamento 50). Ahora bien, dichas situaciones concretas tampoco han sido merituados en las sentencias de vista. Se desestima la pretensión accesoria por concepto de indemnización sin mayor análisis de cada caso concreto, lo cual vulnera el derecho fundamental a la debida motivación.

2.4. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

En el desarrollo de la presente investigación se hizo uso de los siguientes conceptos:

- 2.4.1. **DIVORCIO:** El divorcio “es una institución del derecho de familia que consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo los ex cónyuges su capacidad para contraer matrimonio” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 319).
- 2.4.2. **DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO:** La separación de hecho “es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, la cohabitación. Nuestra legislación civil relativa al matrimonio, consigna bajo el nombre de cohabitación, al deber que tienen los cónyuges de hacer vida conjunta y comunitaria en el domicilio conyugal, de conformidad con el artículo 289 del Código Civil, siendo esto es lo que se incumple” (Varsi Rospigliosi, 2011, P. 353).
- 2.4.3. **ELEMENTO TEMPORAL:** Este se constituye cuando “existe una separación por un periodo de dos años si los hijos matrimoniales son mayores de edad o si no se procrearon hijos, y de cuatro años si los hijos

son menores de edad (...); cabe precisar que en la invocación de la causal no opera el plazo de caducidad, encontrándose expedita mientras subsistan los hechos que la motivan” (III Pleno Casatorio Civil-Casación 4664-2010, Puno).

2.4.4. ELEMENTO MATERIAL: Que, “se configura por la separación corporal de los cónyuges, lo cual implica el cese de la cohabitación física, de la vida en común” (Casación 157-2004-Cono Norte).

2.4.5. ELEMENTOS SICOLÓGICO: Se presenta cuando “no existe voluntad alguna en los cónyuges, para reanudar la comunidad de vida matrimonial, por lo que se dice existe el ánimo de separarse, cabe precisar que este elemento no se constituye en aquellos casos en los que los cónyuges se separan por motivos laborales o por una situación impuesta que sea imposible eludir, como por ejemplo si existiera un mandato de detención judicial, o si uno de los cónyuges viaja por razones de capacitación académica” (III Pleno Casatorio Civil-Casación 4664-2010, Puno).

2.4.6. INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO: Que, “es una obligación legal derivada de la separación de hecho, consistente en el derecho que nace a 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” (Valverde; 2011).

2.4.7. SOCIEDAD DE GANANCIALES: La sociedad de gananciales “es uno de los dos regímenes patrimoniales que contempla la codificación civil para el desarrollo del matrimonio, en virtud del cual pueden existir dos tipos de bienes: los bienes propios de cada cónyuge y los bienes sociales, de conformidad con el artículo 301° del Código Civil, este fenece en virtud de diversas causales” (Casación N° 1925-2002-Arequipa).

2.4.8. MATRIMONIO: “Es la forma legal de constituir una familia y consiste en la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella formalizada con sujeción a las disposiciones del

Código Civil con la finalidad de hacer vida en común” (Casación N° 3109-1998-Cusco).

- 2.4.9. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: “Obliga al juez a pronunciarse de acuerdo a las alegaciones de las partes, por lo que tiene gran importancia al encontrarse ligado al derecho de defensa y al debido proceso” (Tercer Pleno Casatorio Civil-Casación 4664-2010, Puno).
- 2.4.10. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN: “Cabe acotar que este impone un orden en el debate y posibilita el desarrollo del trámite procesal, permitiendo alcanzar sus fines” (Tercer Pleno Casatorio Civil-Casación 4664-2010, Puno).
- 2.4.11. PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD: “El principio de eventualidad impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente” (Tercer Pleno Casatorio Civil-Casación 4664-2010, Puno).
- 2.4.12. LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO: “Es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes, sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos” (Valverde; 2011). Asimismo, en relación a dicho extremo, la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a la causal del divorcio en mención de la siguiente manera: “(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos” (Casación 784-2005-Lima).
- 2.4.13. DERECHOS CONSTITUCIONALES: “Son aquel conjunto de derechos de las personas, que se encuentran expresamente reconocidos y tutelados por la Constitución del estado en donde se encuentran” (RUBIO CORREA, 2017).
- 2.4.14. DERECHO FUNDAMENTAL: “Derechos fundamentales por la relevancia de los derechos que agrupa el concepto: aquellos derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de factores como condición social, religión, preferencia sexual o nacionalidad. Generalmente los derechos fundamentales son

derechos humanos reconocidos por el Estado o los Estados en cuestión, es decir, son derechos humanos positivados” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

- 2.4.15. FAMILIA: “La familia es aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos por lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente” (Corral 1994, P.372).

2.5. LEGISLACIÓN COMPARARA: CHILE, ESPAÑA Y PERÚ

2.5.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO COMPARADO

a) El objeto de comparación

Al respecto, cabe señalar que el objeto de la comparación efectuada en este estudio es la figura jurídica del llamado divorcio por la causal de separación de hecho (indemnización al cónyuge perjudicado), presente en los ordenamientos de los países de Perú, Chile y México.

b) Posición del comparatista

Corresponde a un estudio del derecho interno con método comparativo, toda vez que se tomó como referencia la regulación del divorcio por la causal de separación de hecho (indemnización al cónyuge perjudicado) en ordenamiento nacional peruano, para confrontarlo con la regulación de la misma figura en otros dos ordenamientos (Chile y México).

c) Extensión del marco de análisis

Se empleó un análisis microcomparativo, ya que el objeto de comparación de la investigación consistió en una sola institución jurídica específica presente en

varios ordenamientos, el cual es el divorcio por la causal de separación de hecho (indemnización al cónyuge perjudicado).

2.5.2. PROCESO DE COMPARACIÓN

a) GENERALIDADES

Que, se desprende que el Divorcio es el rompimiento del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno de los consortes (Divorcio por causa determinada) o de ambos (Divorcio por mutuo consentimiento) sanción resultante de una acción encaminada a obtener la disolución del matrimonio.

b) PERÚ

Que, “las dos únicas formas conocidas en el Perú para que proceda un Divorcio son: De mutuo acuerdo, cuyo procedimiento se condiciona a la decisión de ambos cónyuges de poner fin al vínculo matrimonial, caso en el que se habrá de recurrir a las disposiciones contenidas en la Ley 29227; y por otro lado, el Divorcio por Causal, en el cual, al no existir acuerdo de los cónyuges, uno de ellos deberá invocarlo por vía judicial, aduciendo una de las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil” (Collins Salvador Bejarano, S/F).

Que, el Código Civil Peruano establece que: “La Separación de Hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335 del Código Civil. Esta causal está inmersa en lo que respecta al Divorcio Remedio”.

Asimismo, se ha previsto que “el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (...)” (Casación N° 606-2003).

Que, la Sala Suprema advierte que es requisito indispensable para determinar el monto indemnizatorio establecer cuál de los cónyuges es el perjudicado como consecuencia de la separación de hecho invocado como causal para el divorcio (CASACIÓN N° 3585-2014, LIMA).

c) **CHILE**

Que, “el divorcio se establece como una causal de terminación del matrimonio” y está regulado en el artículo 42° de la nueva Ley de Matrimonio Civil, dicho artículo prescribe: “El matrimonio termina: 1° Por la muerte de uno de los cónyuges; 2° Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente; 3° Por sentencia firme de nulidad; 4° Por sentencia firme de divorcio, y 5° Por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género”.

La normativa estableció tres fórmulas de divorcio: “unilateral, en que uno de los esposos demanda el divorcio, pero en el cual se debe esperar tres años; por culpa, cuando hay maltratos graves y el mutuo acuerdo, cuando la pareja lo solicita de común acuerdo, un año después del término de la vida en común, mediante una escritura pública”.

Existen dos tipos de divorcio (Divorcio sanción y divorcio remedio). “El divorcio sanción, también llamado divorcio por culpa, se puede hacer valer a raíz de que uno de los cónyuges haya realizado conductas graves que constituyan transgresiones severas de las obligaciones y deberes del matrimonio, o para con los hijos, tornando así intolerable la vida en común. Debido a que en este caso el divorcio constituye una sanción, solo el cónyuge que fue víctima de aquellas transgresiones puede demandar. La ley señala algunos casos que pueden dar lugar a este divorcio, los cuales no son taxativos. El Divorcio remedio se da por cese de la convivencia, este en cambio, posee una causal objetiva, que se condice con la separación de hecho de los cónyuges (cese de la convivencia) durante un periodo de tiempo determinado. Dicho periodo variará según si el divorcio se solicita de forma bilateral (de mutuo acuerdo por un periodo de un año) o unilateral, por un periodo de tres años”.

En la legislación chilena, encontramos la figura jurídica denominada la compensación económica, ello está previsto en el artículo 61° de la nueva Ley de Matrimonio Civil, donde se señala: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”. A su turno, el artículo 62° del mismo precepto normativo señala: “Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”. Asimismo, el artículo 65° de la nueva Ley de Matrimonio Civil prescribe: “En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades: 1.- Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago. 2.- Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor”.

d) ESPAÑA

Que, “la Ley del divorcio se admitió en España en el año 1981. Según el Código Civil español se puede llevar a cabo un divorcio cuando se ha producido una separación sin interrupciones de al menos un año. Para realizar este divorcio se han de justificar las causas del mismo, que pueden variar dependiendo del caso. Sin embargo, este no es el único requisito, ya que tras la polémica que surgía al

ser un proceso lento en la mayoría de los casos, desde el año 2005 se admitió la Ley del divorcio express, por la que ya no es necesario alegar una separación previa para que se conceda el divorcio a la pareja. La facilitación de los trámites de divorcio gracias al divorcio express ha permitido que las parejas puedan divorciarse de mutuo acuerdo de forma más ágil y rápida (así como menos costosa), por lo que tras la aprobación de la ley del divorcio express, los datos de divorcio en España crecieron exponencialmente en poco tiempo”.

REFORMA DE LA LEY DEL DIVORCIO DE 1981 (2005)

En 2005, se desarrolló la primera y única, reforma estatal de la ley de divorcio de 1981. Esta reforma fue llevada a cabo mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaban el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la separación y divorcio.

El artículo 81° del Código Civil Español prescribe: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1° A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2° A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.

Asimismo, los cambios más relevantes son: “a) No hay que separarse primero, para después ir al divorcio. Ahora, un matrimonio que quiera finalizar, puede hacerlo de manera directa divorciándose. La separación judicial no ha desaparecido, pero lo que se ha demostrado es que la ley del divorcio en la práctica la totalidad suelen hacerse de manera directa, sin pasar por la

separación. b) No hace falta ya que transcurra un año finalizada la convivencia para realizar la petición del divorcio. Vale con que pasen 90 días desde que se celebre el casamiento para pedir el divorcio. Una persona puede divorciarse y punto, el juez no le pedirá que lo justifique para dárselo. c) No hace falta que los dos cónyuges se pongan de acuerdo para divorciarse. Con que uno de los cónyuges lo pida, pudiendo el otro estar de acuerdo o no. En ambos casos el juez lo otorga. Partimos de la base de que nadie tiene que estar obligado a estar casado cuando no quiere. También se le llama divorcio unilateral. d) La patria potestad compartida por los dos progenitores se refuerza. e) Existe una regulación más amplia de la posibilidad de que la guarda y custodia compartida de los hijos, se pensaba que perjudicaba a los hijos, aunque después muchos estudios han terminado demostrando lo contrario. f) Hace posible una vía alternativa para resolver los conflictos en la mediación familiar. g) Cuando la economía esté desequilibrada entre ambos cónyuges, en lugar de pagar una pensión compensatoria de forma periódica, se hace una prestación económica única en un solo pago”.

En España, el divorcio puede ser de dos clases: “De mutuo acuerdo y Contencioso; en esa medida, tanto en el divorcio de mutuo acuerdo como en el contencioso, el Ministerio Fiscal actuará en el proceso, siempre y cuando existan hijos menores”.

Así, “por un lado, se encuentra el divorcio de mutuo acuerdo en el que ambos cónyuges están de acuerdo en romper la relación. En este caso, el proceso es mucho más rápido, así como menos costoso. El otro caso es un divorcio mucho más largo y costoso. Se trata del divorcio contencioso, en el que será el juez quién determine cómo finalizará la situación de la pareja. Estos casos son aquellos en los que la ruptura procede únicamente de uno de los cónyuges y la otra parte no está de acuerdo”.

Que, en relación a la pensión alimenticia o compensatoria, “se tiene que ambas son pensiones económicas que el cónyuge que no tiene la custodia de los hijos ha de pasar tanto a los hijos como a su ya ex-pareja, en el caso de que

proceda. Así se tiene: a) La Pensión alimenticia: es un ingreso que se realiza al otro cónyuge para la alimentación, gastos educativos, gastos de vivienda, etc. de hijos menores, discapacitados o mayores de edad, pero que dependen económicamente de los padres. La cuantía de esta pensión será determinada por los cónyuges o en su defecto por el juez del caso. b) Pensión compensatoria: la cantidad también vendrá determinada de la misma forma que en el caso anterior, la cuantía fijada será para el otro cónyuge cuya posición después del divorcio ha sido muy desfavorable con respecto a la que tenía antes del mismo”.

2.5.3. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS

DIFERENCIA/PAÍS	PERÚ	ESPAÑA	CHILE
Tipos de Divorcio	Divorcio Remedio y divorcio sanción	Divorcio de mutuo acuerdo y Contencioso	Divorcio remedio y divorcio sanción
Denominación	Divorcio por la causal de separación de hecho	Divorcio Contencioso	Divorcio unilateral por cese de convivencia
Tipo de divorcio	Divorcio remedio	Divorcio Contencioso	Divorcio remedio
Titulares de la acción del divorcio	Cualquiera de los cónyuges.	Cualquiera de los cónyuges.	Cualquiera de los cónyuges.
Temporalidad	Período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.	No se requiere tiempo de separación previo (tres meses después del matrimonio)	Tres años
Cónyuge perjudicado	Sí	Sí	Sí
Aspectos a tomar en cuenta	Grado de afectación emocional o psicológica; tenencia o custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.	Desequilibrio económico de los cónyuges	Duración del matrimonio y vida en común de los cónyuges; situación patrimonial de ambos, edad, estado de salud y las posibilidades de reintegrarse al mercado laboral del cónyuge más débil.
Tipo de indemnización	Indemnización económica y adjudicación preferente de bienes.	Pensión compensatoria (económica).	Compensación económica, acciones, usufructo, uso o habitación sobre bienes de propiedad del cónyuge deudor.
Efectos	Fin del matrimonio, Indemnización al cónyuge perjudicado y otros.	Fin del matrimonio, Indemnización al cónyuge perjudicado y otros	Fin del matrimonio y compensación económica.

SEMEJANZAS
Existe el divorcio por mutuo acuerdo y otras causales.
El divorcio pone fin al matrimonio y además existen otros efectos que involucran a los cónyuges y los hijos.
Se protege al cónyuge que resulte afectado con el divorcio y se fija una compensación de tipo económico u otro.
Se vela por el bienestar de los hijos.

MARCO LEGAL PENAL		
PERÚ	ESPAÑA	CHILE
<i>Constitución Política, artículo 4, primer párrafo. Código Civil de 1984. Tercer Pleno Casatorio Civil</i>	<i>11864 LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.</i>	<i>El 17 de Noviembre del 2004, entró en vigencia en Chile la nueva Ley de Matrimonio Civil, la Ley N° 19947.</i>
<i>Artículo 348 del Código Civil: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio. Artículo 349 del Código Civil "Causales de divorcio": Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12. Artículo 345-A, segundo párrafo del Código Civil: "El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder".</i>	<i>Para la interposición de la demanda, en este caso, solo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio... Artículo 97. El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.a La edad y el estado de salud. 3.a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.a La dedicación pasada y futura a la familia. 5.a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.a La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.a Cualquier otra circunstancia relevante.</i>	<i>Artículo 27.- El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita. Solicitud de divorcio unilateral (Art. N° 55 inc. 3°). Cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de a lo menos 3 años, salvo que la parte demandada solicite al juez que verifique que el demandante durante el cese de la convivencia no ha dado cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.</i>

2.5.4. CAUSAS DE LAS RELACIONES

Objetivamente, el divorcio pone fin al vínculo matrimonial tanto en Perú, España y Chile, aunado a ello, se tiene que las normas jurídicas de los mismos países protegen en cierta medida al consorte que resulta perjudicado o al más débil, siendo analizado y debatido en el proceso por la judicatura; asimismo,

protegen a los hijos menores de edad e hijos mayores de edad que adolecen de una discapacidad. Sin embargo, los requisitos para interponer la demanda de divorcio varían en cada ordenamiento jurídico, siendo el más notorio el factor tiempo, en vista que en Perú se requiere de dos o cuatro años para interponer la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; mientras, en Chile se necesita tres años y finalmente en España el factor tiempo no es necesario para solicitar el divorcio, basta que uno de los cónyuges lo solicite.

En España, para divorciarse con la ley anterior del divorcio (1981) era necesario estar dos años sin convivir con el otro cónyuge y un año separados judicialmente. En el año 2005, cambia esta situación, pues la ley del divorcio se modifica y llega una actualización que se adecua a la nueva situación del país, con los nuevos tipos de divorcio (divorcio por mutuo acuerdo-Express y divorcio contencioso); en relación con el cónyuge perjudicado, a solicitud de las partes se analiza el desequilibrio económico de los cónyuges. Se destaca a esta reforma la rapidez con la que se lleva a cabo el proceso de la ruptura matrimonial entre los cónyuges, minimizando al máximo el factor tiempo y el factor económico. En ese sentido, “como efecto más resaltante se evidencia que el divorcio afectó en 2015 a casi 100000 niños españoles, 10000 más que en 2014. La ruptura familiar se ha disparado, convirtiéndose en uno de los principales problemas de las familias españolas. De hecho, se producen siete rupturas por cada 10 matrimonios, convirtiendo a España en el segundo país de la Unión Europea con mayor tasa de rupturas” (Instituto de Política Familiar).

En Chile, “el Divorcio unilateral, exige un cese efectivo de la convivencia durante el plazo de tres años. Para computar el cese de la convivencia el divorcio unilateral, es necesario probarlo. Asimismo, la compensación económica es una institución creada por el legislador para proteger al que sufrió un menoscabo económico por no poder trabajar o trabajar menos por dedicarse al cuidado del hogar o de los hijos comunes. Si ambos cónyuges están de acuerdo puede pactarse una compensación. Si ambos acuerdan no pagarse compensación (por ejemplo, si ambos siempre han trabajado), se plasma dicha circunstancia en el

acuerdo. Si uno no está de acuerdo y el otro piensa que cumple con los requisitos para ser compensado (por ejemplo, porque se dedicó al cuidado de hijos durante períodos prolongados de tiempo, postergándose laboralmente) puede someterse al conocimiento del tribunal, caso en el cual el divorcio tendría que ser unilateral ya que el divorcio acordado supone un acuerdo en todos los aspectos”.

Mientras que, en Perú, el artículo 333 del Código Civil, prescribe 12 causales de divorcio, siendo uno de ellos el divorcio por la causal de separación de hecho, conforme se describe en seguida: “Son causas de separación de cuerpos: 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, es decir, para interponer la demanda de divorcio por la causal de separación se requiere de un periodo de tiempo, aunado a ello el factor objetivo y subjetivo. En relación al cónyuge afectado se debe tener en cuenta: a) Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización, 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. b) El juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: grado de afectación emocional o psicológica; tenencia o custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar. c) Incluso, si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos ante el incumplimiento del cónyuge obligado; si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial en relación con el otro cónyuge y la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes” (Tercer Pleno Casatorio Civil).

2.6. ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN DE OFICIO AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN

La obligación constitucional del juzgador de fijar de oficio la indemnización a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, se encuentra tutelado en el artículo 4° y artículo 43° de la Constitución Política, toda vez que, se toma en consideración para su interpretación y análisis los principios y valores consagrados en los artículos mencionados, esto es, el deber exclusivo de resguardo a la familia monoparental que nace del divorcio y la fórmula política del Estado Democrático y Social de Derecho. Asimismo, al artículo 4° de la Constitución Política del Perú y el artículo 345°-A del Código Civil, concordante con lo prescrito en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno) se insta a identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, previsto en el inciso 12 del artículo 333° del Código Civil; sin embargo, los magistrados soslayan dicho extremo de la pretensión explícita o implícita, evidenciándose una clara vulneración a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pese a tener facultad tuitiva con relación a dicho extremo. Motivo por el cual, el tema de investigación resulta trascendental, toda vez que tiene relación directa con el tema de familia, la cual goza de amparo constitucional (artículo 4°) y legal (artículo 345-A del Código Civil). Consideramos fundamental determinar las razones objetivas que no permiten identificar e indemnizar de oficio al cónyuge perjudicado, tomando en consideración que producto de la separación fáctica y del divorcio en sí, usualmente, uno de los cónyuges queda en una situación de desventaja frente al otro, esto se evidencia aún más cuando de por medio existen hijos menores de edad. Igualmente, “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” Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno); del mismo modo, se ha establecido que la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, “**se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad familiar**”, lo cual también se encuentra prescrito en los tratados internacionales del cual Perú es parte.

Siendo así, conforme a lo señalado precedentemente con respecto a la identificación del cónyuge afectado en el divorcio en los países de Perú, Chile y España, el divorcio pone fin al vínculo matrimonial tanto en Perú, España y Chile, aunado a ello, se tiene que las normas jurídicas de los mismos países protegen al consorte que resulta perjudicado o al más débil, siendo analizado y debatido en el proceso por la judicatura; asimismo, protegen a los hijos menores de edad e hijos mayores de edad que adolecen de una discapacidad, para cuyo efecto establecen mecanismos legales para indemnizar al cónyuge que resulta perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho. Sin embargo, los requisitos para interponer la demanda de divorcio varían en cada ordenamiento jurídico, siendo el más notorio el factor tiempo, en vista que en Perú se requiere de dos o cuatro años para interponer la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; mientras, en Chile se necesita tres años y finalmente en España el factor tiempo no es necesario para solicitar el divorcio, basta que uno de los cónyuges lo solicite.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. HIPÓTESIS

3.1.1. Hipótesis General. -

Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulneran totalmente el derecho fundamental a la debida motivación, al incumplir la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

3.1.2. Hipótesis Específicas. -

3.1.2.1. Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con garantizar el derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018.

3.1.2.2. Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con la obligación constitucional y legal

tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

3.2. VARIABLES E INDICADORES

A continuación, se expondrán las variables que conforman la hipótesis, como también los indicadores, sistemas de medición que serán útiles para la corroboración de la misma.

3.2.1. IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS GENERAL:

(X) Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna, del año 2018, que incumplen la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

3.2.1.1. INDICADORES:

(X1) Número de sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna, del año 2018, sobre el divorcio por la causal de separación de hecho, que no solicitan indemnización.

(X2) Número de sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna, del año 2018, que incumplen la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. Del total de sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que no solicitan indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.

(X3) Nivel de incumplimiento de la obligación constitucional de motivar debidamente la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. Escala: Muy Alto, Alto, Medio, Bajo, Muy Bajo.

(X4) Nivel de Incumplimiento de la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

3.2.2. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLE DEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS GENERAL:

(Y) Vulneración total del derecho fundamental a la debida motivación, Tacna-2018.

3.2.2.1. INDICADORES:

(Y1) Nivel de Incumplimiento de la obligación constitucional de motivar debidamente la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018, en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional 728-2008-PHC/TC.

(Y2) Nivel de motivación de inexistencia de motivación o motivación aparente

(Y3) Nivel de motivación de falta de motivación interna del razonamiento

(Y4) Nivel de motivación de deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.

(Y5) Nivel de motivación de motivación insuficiente

(Y6) Nivel de motivación de motivación sustancialmente incongruente

(Y7) Nivel de motivación de motivaciones calificadas

3.2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

(X) Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, Tacna-2018.

3.2.3.1. INDICADOR:

(X1) Nivel de Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho.

3.2.4. IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE DEPENDIENTE DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

(Y) Garantía del cumplimiento del derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018.

3.2.4.1. INDICADOR:

(Y1) Nivel de garantía del cumplimiento del derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018:

3.2.5. IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

(X) Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho.

3.2.5.1. INDICADOR:

(X1) Nivel de medida de Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho.

3.2.5.2. ESCALA DE MEDICIÓN DE LA VARIABLE:

Para la medición de la variable, se utilizó la escala nominal.

3.2.6. IDENTIFICACIÓN DE LA VARIABLE DEPENDIENTE DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

(Y) Cumplimiento de la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

3.2.6.1. INDICADORES:

(Y1) Nivel de medida de cumplimiento de la obligación constitucional de motivar debidamente la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

(Y2) Nivel de medida de cumplimiento de la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.

3.2.6.2. ESCALA DE MEDICIÓN DE LA VARIABLE:

Para la medición de la variable, se utilizó una escala nominal.

3.3. ENFOQUE, MÉTODO, TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.3.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

Para determinar el enfoque de investigación hemos consultado metodología de la investigación en las ciencias jurídicas (Olvera, 2014, P. 75). En referencia a ello, consideramos que nuestro enfoque de investigación es **mixto**, toda vez que se aplicarán técnicas cuantitativas y cualitativas de análisis, estos son paradigmas de la investigación científica, ambos enfoques emplean procesos sistemáticos y empíricos para generar conocimientos.

En relación a las técnicas de investigación cuantitativa hemos utilizado la técnica de encuesta estructurada con escala nominal, por medio de un cuestionario de preguntas. En lo que respecta a las técnicas cualitativas, hemos optado por el análisis documental, argumentativo y dogmático y las entrevistas semi estructuradas, las cuales nos permitieron profundizar en el fenómeno de la vulneración hacia el derecho fundamental a la debida motivación, originada por el incumplimiento constitucional y legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho.

3.3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.3.2.1. Hipotético deductivo

“El proceso de la deducción va de lo general a lo particular e implica sistematizar conocimiento y establecer inferencias que se aplican a varias situaciones y casos pertenecientes a un conjunto. Posibilita abordar lo desconocido a partir de lo conocido, concluir desde principios generales, consistentes y de gran fuerza lógica; es el camino de las investigaciones cuantitativas” (Villabella, 2015, P. 938).

3.3.2.2. Hipotético inductivo

Asimismo, “el proceso de inducción recorre el camino de lo particular a lo general, ya que a partir de situaciones específicas induce regularidades válidas o aplicables a casos semejantes, obviando lo relativo o cambiante y buscando las formas estables. Esta es la manera de establecer conclusiones desde el estudio de casos y la forma de razonar en las investigaciones cualitativas” (Villabella, 2015, P. 938).

3.3.2.3. Método de análisis y síntesis

“Es aquel que posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de estos, y destacar el sistema de relaciones existentes entre las partes y el todo. El análisis es el proceso que permite dividir o separar el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen, con el fin de analizar cada uno por separado. La síntesis es lo opuesto, y mediante esta se integra el objeto, y así se obtiene una comprensión general. Las operaciones de análisis-síntesis funcionan como pares contrarios que se complementan (...)” (Villabella, 2015, P. 937).

3.3.2.4. Análisis documental

“El análisis documental es la operación que consiste en seleccionar las ideas informativamente relevantes de un documento a fin de expresar su contenido sin ambigüedades para recuperar la información en él contenida” (Solís, S/F, P. 2).

3.3.2.5. Análisis argumentativo

Tiene como objetivo principal dar sustento a la tesis formulada por el autor mediante la exposición coherente y lógica de justificaciones o razones, que tienen como propósito persuadir o convencer al lector sobre un punto de vista determinado y bien elaborado.

“Analizar una argumentación jurídica implica atender a las razones que fundamentan una determinada decisión en el Derecho, lo cual nos permite detectar sus puntos fuertes y débiles, así como calificarla como una decisión correcta o incorrecta, según se base en razones suficientes y adecuadas o no lo haga” (Morales, S/F, P. 45).

3.3.2.6. Análisis dogmático

El análisis dogmático permite “profundizar en aspectos de la realidad socio jurídica, desarrollar nuevos conceptos e ideas, vincular la teoría con la práctica, el deber ser o el ser con la realidad social, evaluar la eficiencia de la norma jurídica existente, diagnosticar el derecho y sus transformaciones, comprobar o verificar hipótesis, ayudar a encontrar datos para resolver problemas jurídicos, crear nuevas leyes que resuelvan necesidades de la sociedad, investigaciones que permitan entregar datos para tomar decisiones en todos los ámbitos de la sociedad” (Olvera, 2014, P.178).

3.3.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo tiene el tipo de investigación aplicada, pues tiene como finalidad aplicar las teorías existentes a la solución de problemas (Valderrama, 2017, P. 165).

3.3.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Tomando en cuenta que existen diseños de investigación que varían según el tipo cuantitativo, cualitativo o mixto (Hernández-Sampieri, 2010; Olvera, 2014) hemos considerado que nuestro diseño de investigación es el de “Diseño de Triangulación Concurrente” (Hernández-Sampieri, 2010).

Ello debido a que aplicaremos técnicas cualitativas y cuantitativas de manera simultánea, sin que una de ellas determine la aplicación de la otra. Así, la aplicación de nuestros instrumentos de investigación como las encuestas, entrevistas y revisión documental tendrán un peso equitativo y serán aplicadas, sintetizadas y analizadas de manera simultánea.

3.4. NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

El nivel de investigación fue exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo.

- a. **Investigación exploratoria**, pues si bien existen antecedentes nacionales e internacionales de investigación relacionados al divorcio por la causal de separación de hecho y la vulneración a la debida motivación, estas se orientan a los ámbitos estrictamente penales y civiles del fenómeno a investigar. En nuestro caso pretendemos innovar el enfoque investigativo hacia el ámbito de derecho de familia y el derecho constitucional, por lo que consideramos que esta entrada investigativa resulta exploratoria.

- b. **Investigación descriptiva**, porque se especifica las características y rasgos importantes del fenómeno analizado, midiéndose de manera independiente, los conceptos o variables, con la mayor precisión posible (Olvera, 2014).
- c. **Investigación correlacional**, porque se midieron dos variables con la finalidad de ver si están o no relacionadas en los mismos sujetos y después se analizó la correlación (covariación). Se midió cómo el cambio del valor en una variable altera o provoca variaciones en la otra, su propósito final fue de examinar la relación entre variables o resultados de variables, la correlación examina asociaciones posibles (Olvera, 2014).
- d. **Investigación explicativa (causal)**, toda vez que se explica el porqué las dos variables están relacionadas (causa-efecto), el porqué de las cosas, hechos y fenómenos o situaciones, analizándose las causas y efectos posibles (Olvera, 2014).

3.5. ÁMBITO Y TIEMPO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN

Con fines metodológicos, la problemática está delimitada temporal y espacialmente. En lo que respecta a la **delimitación temporal**, el período que comprende la investigación es el año judicial 2018, siendo materia de investigación las Sentencias de Vista expedidas por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna. Mientras que, en lo que respecta a la **delimitación espacial**, el estudio abarca las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

3.6. POBLACIÓN Y MUESTRA:

3.6.1 UNIDADES DE ESTUDIO:

Nuestras unidades de estudio son las Sentencias de Vista (expediente judicial concluido por el órgano jurisdiccional) que confirman o aprueban las sentencias de primera instancia que declaran fundada la demanda del divorcio por la causal de separación de hecho de las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna - 2018.

3.6.2 POBLACIÓN

- La población estuvo conformada por 35 sentencias de vista del divorcio por la causal de separación de hecho de las Salas Civiles de la Corte de Justicia de Tacna, emitidas durante el año judicial 2018, conforme se detalla en el sistema informático de la Corte Superior de Justicia de Tacna, denominado “Sistema Integrado Judicial (SIJ)”, siendo recabadas de la Consulta de Expedientes Judiciales (CEJ) del Poder Judicial del Perú, a fin de realizar el análisis documental, argumentativo y dogmático de la debida motivación que contienen dichas resoluciones judiciales. De las cuales en 24 casos no se ha solicitado indemnización y en 11 casos se ha solicitado indemnización a favor del cónyuge perjudicado.
- También la población estuvo conformada por profesionales del derecho (población indefinida) que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna, a fin de realizar la encuesta estructurada correspondiente.
- Finalmente, para la entrevista, la población estuvo conformada por magistrados superiores de las salas civiles, jueces de familia, personal jurisdiccional de la especialidad de familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna. Además, se consideró docentes e investigadores constitucionalistas.

3.6.3 MUESTRA

En lo que respecta a la muestra, esta forma parte de la población. Sin embargo, debemos considerar que podemos apelar a muestras según la técnica y el enfoque de investigación (Hernández-Sampier, 2010); así, las muestras probabilísticas se derivarán de las unidades de estudio propias de las técnicas cuantitativas; mientras que las muestras representativas o no-probabilísticas se derivarán de las técnicas cualitativas. De esta manera, la muestra se describirá en relación a la población consignada:

- Las 24 sentencias de vista del divorcio por la causal de separación de hecho donde no se ha solicitado indemnización para el cónyuge perjudicado, emitidas durante el año judicial 2018 por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna, las cuales serán revisadas en su totalidad.
- De la población indefinida de profesionales del derecho, hemos establecido una muestra de 68 encuestados con un margen de error de 10% y un nivel de confianza de 90%, la que ha resultado de la aplicación de la fórmula estadística:

$$n = \frac{Z^2 p q}{E^2}$$

Donde:

“**n**” = Número de encuestas.

En este caso, “n” es un subgrupo de la población indeterminada que corresponde a los profesionales del derecho, siendo un número representativo de dicha población.

“**Z**” = Nivel de Confianza equivale a 1.65.

En ese sentido, Z “es el porcentaje o proporción (a favor) de que la muestra sea representativa de la población que se definió”.

“**p**” = 0,5.

“El porcentaje estimado de la muestra es la probabilidad de ocurrencia del fenómeno, dando la posibilidad *p de que sí ocurra*”.

“**q**” = 0,5.

“El porcentaje estimado de la muestra es la probabilidad de ocurrencia del fenómeno, dando la posibilidad *q de que no ocurra*”.

“**E**” = Margen de Error = 10% = 0,1.

“El error es un porcentaje de riesgo máximo que se debe tomar o de error potencial que puede tolerar para evitar que la muestra no sea representativa de la población”. Siendo así, en el caso concreto, es 1

y 10%, lo cual implica tolerar un error de 10 en 100 (10 posibilidades de error).

Reemplazando:

$$n = \frac{(1.65)^2 (0.5) (0.5)}{(0.1)^2} = 68$$

Por lo tanto:

68 profesionales del derecho fueron los encuestados, los que se estratificó con escala nominal en: jueces de primera instancia, jueces superiores y fiscales en especialidad familia, docentes universitarios de postgrado en derecho constitucional y argumentación jurídica, abogados con especialidad en civil y familia, estudiantes de maestrías en derecho constitucional y derecho civil, además estudiantes de doctorado en derecho; todos de la región Tacna.

- Finalmente, para efectos de la entrevista se ha considerado a un magistrado superior, un secretario judicial, un asistente de magistrado superior y dos constitucionalistas, optándose por una muestra no probabilística que incida en la representación cualitativa del mismo. Considerando lo referido por Hernández-Sampieri (2010) “en la ruta cualitativa, es el grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar los datos, sin que necesariamente sea estadísticamente representativo del universo o población que se estudia” (P. 427). Para este caso, hemos considerado **05 entrevistados representativos** de la unidad de estudio y población.

3.7. PROCEDIMIENTO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.7.1. PROCEDIMIENTOS

Para la recolección de datos, se recurrió a la aplicación de procedimientos de los instrumentos de medición correspondientes a la investigación mixta (cuantitativa-cualitativa).

3.7.2. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LOS DATOS:

Como técnicas para el desarrollo de la **investigación cualitativa** se utilizaron: el análisis documental (Hernández-Sampieri, 2010) y el análisis argumentativo y dogmático (Camacho, 2000), con mayor énfasis en la primera técnica que en la segunda. Asimismo, para esta sección, se diseñó y aplicó una guía de revisión documental, argumentativo y dogmático y una guía de entrevista semi-estructurada.

Como técnica para el desarrollo de la **investigación cuantitativa** se utilizó: la **encuesta** estructurada con escala nominal y la cuantificación de los resultados de la guía de revisión documental, argumentativo y dogmático.

3.7.3. INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE LOS DATOS

Los instrumentos de medición para la investigación **cualitativa** fueron la guía de revisión documental, argumentativo y dogmático; además, la guía de entrevista semiestructurada (cuestionario). Mientras que, para la sección **cuantitativa**, se utilizó el cuestionario para la encuesta.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Una vez diseñado los instrumentos, el trabajo de campo, se desarrolló en aproximadamente 9 meses. Es importante tomar en cuenta que el desarrollo de este trabajo, se ejecutó bajo una situación de inamovilidad social producto de la emergencia sanitaria por Covid 19, se hace hincapié en este detalle, debido a que los instrumentos debieron adaptarse a mantener la distancia social; así, las encuestas se desarrollaron de manera virtual; mientras que las entrevistas, de manera telefónica y virtual.

Los cuestionarios para la encuesta con escala nominal, se desarrollaron por medio de la aplicación *Google Forms* y fueron distribuidas por medio de un enlace informático virtual a los encuestados. La guía para la revisión documental, argumentativa y dogmática se desarrolló de manera directa y presencial, tanto de la bibliografía utilizada como de las 24 sentencias de vista analizadas en las cuales no se solicitó la indemnización a favor del cónyuge perjudicado, las que previamente fueron observadas cuidadosamente para su selección.

Finalmente, el desarrollo de las entrevistas se ejecutó por medio de coordinaciones telefónicas, las que seguidamente se concretaron a través de la plataforma informática virtual Zoom.

Los resultados se plasmaron en Word Office, por medio de un trabajo de gabinete.

A continuación, describiremos la manera cómo hemos diseñado la presentación de los resultados de investigación.

4.2. DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Tomando en cuenta que nuestra investigación presenta un enfoque metodológico mixto, hemos utilizado programas de software para la presentación, sistematización y análisis cuantitativo y cualitativo.

En lo que respecta a las encuestas, por medio de *Google Forms*, estas fueron procesadas, presentadas y sistematizadas por la aplicación virtual, facilitando el trabajo de redacción y análisis de las mismas. En cuanto a las guías de revisión documental, argumentativo y dogmático, el instrumento de investigación permitió generar información cuantitativa y cualitativa; la primera de ellas fue procesada y sistematizada por medio del Programa Estadístico SPSS, permitiendo generar frecuencias, cruce de variables y generación de gráficos. En lo que respecta a la fase cualitativa de la guía de revisión documental, argumentativo y dogmático, esta se analizó de manera manual por medio del Programa Word Office.

Finalmente, las entrevistas, aplicadas por medio del *Zoom*, fueron transcritas por medio del *Word Office*; mientras que su sistematización, presentación y análisis se desarrollaron por medio del Programa *Atlas.ti*, permitiendo la generación de variables emergentes.

4.3. RESULTADOS

4.3.1. REVISIÓN DOCUMENTAL, ARGUMENTATIVO Y DOGMÁTICO

4.3.1.1. Caracterización general de las sentencias de vista

Se ha analizado en total 24 sentencias de vista donde no se ha solicitado expresamente la indemnización a favor del cónyuge perjudicado; expedidas por las Salas Civiles de la Corte Superior de Tacna, de las cuales, el 70.83 % corresponden a la Primera Sala Civil y 29 .17% han sido emitidas por la Segunda Sala Civil (Ver anexo Tabla N° 12).

Los magistrados superiores que conformaron las dos salas civiles de la Corte Superior de Tacna en el año judicial 2018, fueron en total 7.

En el año judicial 2018, se han expedido 24 sentencias de vistas en las cuales no se ha solicitado indemnización a favor del cónyuge perjudicado, las mismas que han sido expedidas por la Primera y Segunda Sala Civil, cuyos magistrados superiores han intervenido como ponentes del siguiente modo: la magistrada superior N° 01, intervino como ponente con 37.50% del total de sentencias de vista; mientras, que el magistrado superior N° 02, intervino como ponente con 4.17% del total de sentencias vistas; asimismo, el magistrado superior N° 03, ha intervenido como ponente con 16.67% de las sentencias de vista; igualmente, la magistrada superior N° 04, intervino como ponente con 12.50% de sentencias de vistas; del mismo modo, la magistrada superior N° 05, intervino como ponente con 8.33% de sentencias de vista; el magistrado superior N° 06, intervino como ponente con 12.50% de sentencias de vista; la magistrada superior N° 07, intervino como ponente con 8.33% de sentencias de vista (Ver anexo Tabla N° 13).

Del total de 24 de sentencias de vista expedidas por la Primera y Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, se han remitido por la primera instancia en grado de apelación y grado de consulta. Se han elevado a las salas civiles un total de 4.17% en grado de apelación; mientras, que el 95.83% se han elevado en grado de consulta

(Ver anexo Tabla N° 14). En ese sentido, se advierte que las partes procesales, en su gran mayoría, no han cuestionado las sentencias de primera instancia; en consecuencia, el 95.83% se eleva a las Salas Civiles en grado de Consulta en virtud de los artículos 408° y 409° del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 359° del Código Civil que señala: “*Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, esta será consultada (...)*”. Por otro lado, solo el 4.17%, han sido apeladas, una cantidad mínima, lo cual significa que las partes procesales no están conformes con el fallo de la sentencia de primera instancia; motivo por el cual, han impugnado la sentencia de primera instancia de manera parcial o total, a efectos de que sea examinado por el superior en grado, de conformidad al artículo 364° del Código Procesal Civil.

Con respecto a la condición procesal de la parte demandada en el divorcio por la causal de separación de hecho, se desprende de todos los casos que el 41.67% absolvió la demanda, esto es, contestó la demanda en el plazo de ley; mientras que el 45.83% fue declarado rebelde en virtud del artículo 458° del Código Procesal, es decir, pese habersele notificado válidamente, la parte demandada no ha absuelto la demanda dentro del plazo de ley. Asimismo, se advierte que al 12.50% de los demandados, se le nombró curador procesal conforme a ley (artículo 61, numeral 1, del Código Procesal Civil), porque “no ha sido posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados”, siendo, notificados vía edictos (Ver anexo Tabla N° 15). Se advierte, un caso muy particular, con los demandados que son de nacionalidad chilena, en total son 2, consignados en el expediente número 617-2012-0-2301-FC-01 y el expediente número 2320-2015-0-2301-JR-FC-01, a quienes se le ha notificado por edictos y fueron representados por un curador procesal en el trámite del proceso.

Se advierte de las 24 sentencias de vista del divorcio por la causal de separación de hecho que, durante el vínculo matrimonial, la mayoría de

los consortes han procreado hijos, así se tiene que 83.33% cuentan con hijos y 16.67% no tuvieron hijos en el periodo que duró el vínculo matrimonial (Ver anexo Tabla N° 16). Dicha situación concreta, permite visualizar que, al momento de expedirse la resolución judicial, el 25.00% contaban con hijos menores de edad y 75.00% de los hijos del vínculo matrimonial ya eran mayores de edad (Ver anexo Tabla N° 17). Siendo así, se colige que, al momento de ampararse la demanda del divorcio por la causal de separación de hecho, la cuarta parte de los casos (25.00%) cuentan con hijos menores de edad, lo que permite evidenciar que uno de los cónyuges se hizo cargo de los menores de edad, en ese sentido, resulta fundamental determinar la situación de los alimentos, régimen de visitas y tenencia y patria potestad. Estos elementos resultan primordiales para identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado; puesto que uno de los consortes asume una responsabilidad mayor que el otro cónyuge que se retira, en este caso, el cuidado de los hijos, lo que debe ser analizado desde un enfoque integral en la resolución judicial, con la finalidad de velar por el bienestar de la familia que queda, dando un enfoque Constitucional.

Uno de los elementos para amparar la demanda del divorcio por la causal de separación de hecho, es el elemento temporal, lo cual exige una separación fáctica ininterrumpida de dos años si no hay hijos o los hijos son mayores de edad y cuatro años si hay hijos menores de edad al momento de interponer la demanda. Se desprende de las 24 sentencias de vista que, 70.83% al momento de interponer la demanda, alegan estar separados por un periodo superior a dos años de manera ininterrumpida; mientras que, el 29.17%, aseveran estar separados de hecho de forma continua por un periodo superior a cuatro años (Ver anexo Tabla N° 18). Dicha situación concreta, permite evidenciar que, los hijos a la fecha de la interposición de la demanda, ya eran mayores de edad (70.83%), en efecto, resulta fundamental analizar, si los hijos al momento de la separación eran menores de edad, esto es, antes de la interposición demanda, de ser así, uno de los cónyuges tuvo que asumir dicha situación concreta y material;

en consecuencia, habría un cónyuge que soportó más el hecho de la separación y merece ser indemnizado al momento de ampararse la demanda. Igualmente, resulta fundamental determinar la situación de los hijos menores de edad (29.17%) en cuanto a los alimentos, régimen de visitas, patria potestad y tenencia después de la fecha de haber sido amparado el divorcio, toda vez que uno de los consortes asume el cuidado de los menores, tomando en consideración que 45.83% fueron declarados rebeldes, esto es, no absolvieron la demanda y la gran mayoría ni siquiera se apersonó al proceso, dicha situación merece ser meritudo para efectos de la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho.

TABLA N° 01

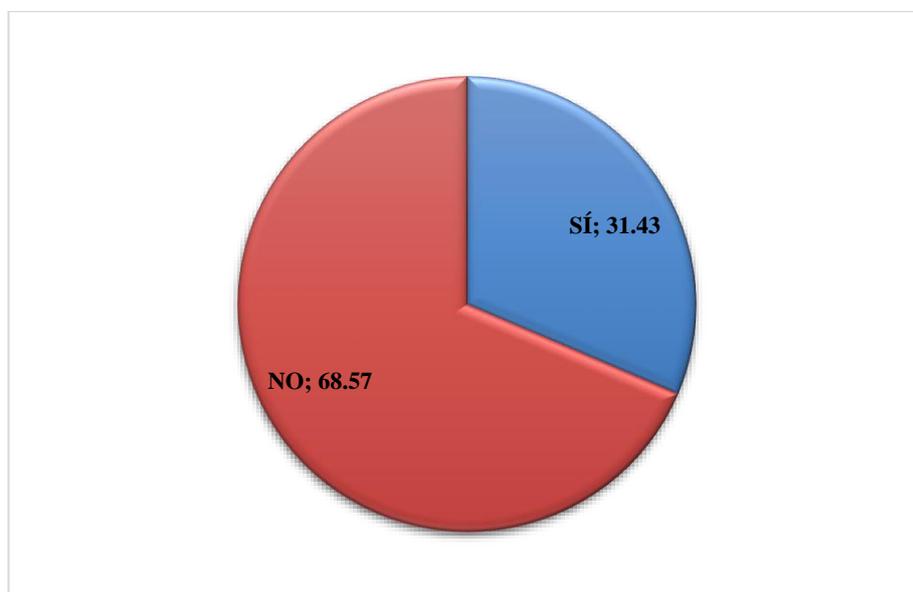
Se solicita indemnización para el cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho en la Corte Superior de Justicia de Tacna en el año judicial 2018

Solicita indemnización	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	11	31.43%	11	31.43%
NO	24	68.57%	35	100.00%
TOTAL	35	100.00%		

Fuente: Guía de revisión documental (elaboración propia)

GRÁFICO N° 01

Porcentaje de sentencias de vista donde se solicita indemnización para el cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho en la Corte Superior de Justicia de Tacna en el año judicial 2018



Fuente: Tabla N° 01

Ahora bien, en el año judicial 2018, se han expedido por las salas civiles de la Corte Superior de Tacna en total 35 sentencias de vistas, de las cuales en 11 casos se solicitó indemnización como pretensión accesorias para el cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación; mientras, que en 24 casos no se ha solicitado expresamente, siendo estas 24 sentencias de vista materia de la presente investigación. Asimismo, es importante indicar de manera referencial que, del total de 11 que solicitaron indemnización para el cónyuge perjudicado, solamente a 4 de ellas (11.4%) se le otorgó indemnización, es decir, se declaró fundada dicho extremo en la resolución judicial y los otros 7 (20%), han sido declaradas infundadas, esto es, el extremo de la indemnización ha sido desestimada. Por otro lado, resulta importante señalar que de los 24 (68.57%) casos que no solicitaron indemnización; a ninguno se le otorgó indemnización de oficio para el cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, pese a existir un mandato legal (artículo 345-A del Código Civil, concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil-Casación N° 4664-2010-Puno). En virtud de lo expuesto, se concluye que del total de 24 sentencias de vista donde no se solicitó indemnización para el cónyuge perjudicado, esto es, al 100% de casos no se otorgó indemnización de oficio a favor del cónyuge perjudicado.

Con relación a la pretensión accesorias de **liquidación de sociedad de gananciales** de las 24 sentencias de vista, el 95.83% solicitó; mientras que 4.17% no lo requirió como pretensión accesorias (Ver anexo Tabla N° 39). En consecuencia, con relación a dicho extremo, se declararon fundadas en primera instancia el total de solicitudes de liquidación de sociedades de gananciales que, en su totalidad representan 23 resoluciones judiciales, las mismas que han sido aprobadas o confirmadas por las salas civiles. Por otro lado, no se emitió pronunciamiento con relación a uno de ellos, porque una de las partes procesales únicamente apeló el extremo de la indemnización previsto en el artículo 351° del Código Civil (corresponde a la demanda del divorcio por la causal de adulterio, cuyo

extremo fue acumulado al expediente del divorcio por la causal de separación de hecho, la que es materia de análisis) y la sala civil correspondiente omitió pronunciarse en grado de consulta sobre los demás extremos de la resolución apelada, conforme consta en el Expediente Número 1353-2015-0-2301-JR-FC-01.

Con respecto a los **alimentos** para el cónyuge, de las 24 sentencias de vista, se advierte que el 100% no solicitó como pretensión accesoria (Ver anexo Tabla N° 39). En esa línea de ideas, no se emitió pronunciamiento con respecto a los 24 (100%) casos, porque no se formuló como pretensión accesoria en la demanda o en la reconvencción.

La **patria potestad** que también es una pretensión accesoria, cuando a la fecha de la interposición de la demanda existen hijos menores de edad, se solicitó en el 16.67% de casos; mientras, que 83.33% no solicitó (Ver anexo Tabla N° 39). Ello permite colegir que, en los demás casos, de existir hijos, ya eran mayores de edad o en su defecto, los consortes no tuvieron hijos durante el periodo del vínculo matrimonial. En ese sentido, 4 de las resoluciones judiciales (16.67%) se declararon fundadas, lo cual corresponde al total de solicitudes incoadas (Ver anexo Tabla N° 40).

En el extremo de los **alimentos a favor de los hijos**, se solicitó en un 4.17% (1) de los casos, mientras que 95.83% no lo requirió como pretensión accesoria (Ver anexo Tabla N° 39). Ahora bien, el único caso que solicitó alimentos no se emitió pronunciamiento en la resolución judicial sobre dicho extremo. Por otro lado, se solicitó la **tenencia** como pretensión accesoria, representada en un 8.33% del total, mientras que 91.67% no lo demandó (Ver anexo Tabla N° 39). En efecto, hubo dos solicitudes de tenencia (8.33%), pero solo se declaró fundada una (Ver anexo Tabla N° 40); sobre la otra, no hubo pronunciamiento, toda vez que el hijo menor adquirió en el trámite del proceso la mayoría de edad, conforme consta en el Expediente Número 3027-2016-0-2301-JR-FC-02.

Con respecto al régimen de visitas, se formuló 8.33% del total, como pretensión accesoria. Mientras que el resto, esto es, 91.67% no lo solicitó. Se declararon fundadas el total de solicitudes (Ver anexo Tabla N°40).

En síntesis, se presentan evidencias que nos permiten colegir que en el 100% de casos, esto es, en 24 sentencias de vista no se solicitó indemnización para el cónyuge perjudicado. En consecuencia, tomando en cuenta el artículo 345-A del Código Civil, concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno), debería corresponder un pronunciamiento de oficio a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho. Se evidencia que, en ninguno de los casos estudiados, se ha otorgado indemnización de oficio al cónyuge perjudicado. A continuación, caracterizaremos cada una de estas resoluciones judiciales en base a la información estadística.

4.3.1.2. Fundamentación jurídica y fáctica de las sentencias de vista en relación al artículo 345-A del Código Civil, concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno).

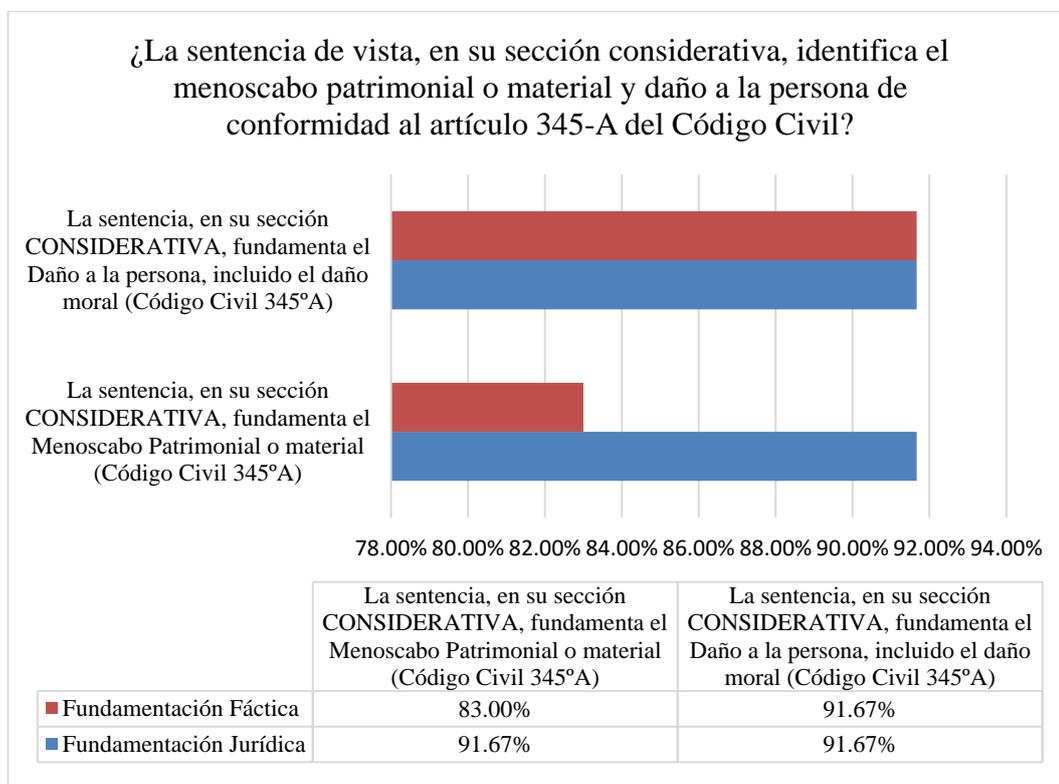
TABLA N° 02

¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, identifica el menoscabo patrimonial o material y daño a la persona de conformidad al artículo 345-A del Código Civil?

Indemnización por daños	SI (pasar a pregunta 7)	NO	¿Existe Fundamentación Jurídica?		¿Existe Fundamentación Fáctica?	
			SI	NO	SI	NO
			A Menoscabo patrimonial o material	92% (22)	8% (2)	92% (22)
B Daño a la persona (incluido daño moral)	92% (22)	8% (2)	92% (22)	8% (2)	92% (22)	8% (2)

Fuente: Guía de revisión documental (elaboración propia)

GRÁFICO N° 02



FUENTE: Tabla N° 02

De las 24 sentencias de vista, el 91.67% en su sección considerativa, refieren el artículo 345-A del Código Civil, tanto el menoscabo patrimonial o material y daño a la persona (daño moral); ello supone, intrínsecamente, la fundamentación jurídica de las mismas. Sin embargo, existen dos resoluciones judiciales, donde no se refiere a la fundamentación jurídica; además, en dichas sentencias de vista no se solicitó la indemnización como pretensión accesorias; en consecuencia, el colegiado estaba en la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización a favor del cónyuge perjudicado o en su defecto desaprobala o anularla. Es así que en el Expediente Número 1419-2010-0-2301-JR-FC-02, se omitió pronunciar totalmente sobre indemnización al cónyuge perjudicado, lo cual amerita la nulidad de la resolución judicial, aunado a ello, se designó curador procesal a la parte demandada. Por otro lado, en el Expediente Número 1353-2015-0-2301-JR-FC-01, se elevó a la sala en grado de apelación, siendo apelado únicamente el extremo del daño moral previsto en el artículo 351° del Código Civil (corresponde a la demanda del divorcio por la causal de adulterio). Esto es, el magistrado de primera instancia, declaró fundada el divorcio por la causal de separación de hecho (demanda) y divorcio por causal de adulterio (demanda acumulada al expediente en mención); dicha sentencia fue apelada únicamente en el extremo de la pretensión accesorias que le fue denegada a la demandante (divorcio por la causal de adulterio-Indemnización por daño moral previsto en el artículo 351° del Código Civil) en primera instancia; en consecuencia, la sala civil superior emite pronunciamiento únicamente con relación a dicho extremo. Ahora bien, si bien es cierto, no se apeló los demás extremos de la sentencia de primera instancia, pero también es cierto que la sala tenía la obligación legal de pronunciarse sobre las demás pretensiones en grado de consulta, esto es, el divorcio por la causal de separación de hecho (entre otros, la indemnización al cónyuge perjudicado) y el divorcio por la causal de adulterio en virtud del artículo

el artículo 359° del Código Civil que señala: “*Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, esta será consultada (...)*”. En esa línea de ideas, se concluye que, en los dos expedientes judiciales aludidos, se vulneró el derecho fundamental a la debida motivación.

Ello quiere decir que existen 22 sentencias de vista que señalan fundamentación jurídica. Sin embargo, de estas existen dos sentencias de vista, donde no se emite fundamentación fáctica en referencia al menoscabo patrimonial. Dicha situación, se colige del Expediente Número 2134-2015-0-2301-JR-FC-01 y el Expediente Número 3027-2016-0-2301-JR-FC-02.

Por otro lado, se ha analizado la inclusión del Tercer Pleno Casatorio Civil en las Sentencias de Vista. Toda vez que el Pleno Casatorio Civil “es un precedente vinculante, emitido bajo los alcances del artículo 400 del Código Civil, siendo así, su fuerza vinculatoria se aplica desde el día siguiente de su publicación, conforme al artículo 109 de la Constitución Política del Estado” (Casación N° 1218-2016-Lima Norte, publicada 30/01/2018). En esa línea de ideas, el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación N° 4664-2010-Puno), ha declarado como precedente judicial vinculante la siguiente regla:

“**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”.

Para exponer la inclusión del Tercer Pleno Casatorio Civil en la fundamentación jurídica y fáctica de las sentencias de vista, se ha organizado en cinco dimensiones: **(i) La sentencia de vista, en su sección considerativa, señala en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho o del divorcio en sí**, estos son: “Grado de afectación emocional y psicológica. Tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar. Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado. 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”. **(ii) La sentencia de vista, en su sección considerativa, señala en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, los siguientes criterios para identificar al cónyuge perjudicado:** “Que no haya dado motivos para la separación de hecho. 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. Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral”.

(iii) La sentencia de vista, en su sección considerativa, señala en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, la causa y/o hipótesis de separación de hecho de los cónyuges (cese de la vida en común): “Decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. Cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo y estudios), pero luego de cesado este motivo, se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar. Cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse

(acuerdo verbal o escrito de separación) para evitar que siga siendo maltratado física y moralmente. Cuando uno de los cónyuges, se aleja unilateralmente del hogar, porque el otro lo maltrata y ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas”. **(iv) La sentencia de vista, en su sección considerativa, señala en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, la temporalidad y perjuicios de separación de hecho a efectos de determinar la indemnización por daños:** “Perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda. Perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida”.

(v) La sentencia de vista, en su sección considerativa, señala en base al Tercer Pleno Casatorio Civil “perjuicios que se produjeron desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme”: “Pérdida de pensiones que tiene como requisito la vigencia del matrimonio. Pérdida de beneficios de seguros que tiene como requisito la vigencia del matrimonio. Pérdida de rentas que tiene como requisito la vigencia del matrimonio”.

A continuación, expondremos la fundamentación fáctica y jurídica de cada uno de estas dimensiones:

(i) La sentencia de vista, en su sección considerativa, señala en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno) “perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho o del divorcio en sí”, la misma que constituye precedente judicial vinculante:

A pesar de ser precedente vinculante jurisdiccional, el Tercer Pleno Casatorio Civil, no es citado en la totalidad de sentencias de vista analizadas. Así, por ejemplo, en lo que respecta a **afectación emocional y psicológica**, esta se cita en 25% de casos, mientras que el 75% de casos no

lo refiere (Ver anexo Tabla N° 30). Asimismo, se evidencia un claro análisis argumentativo, toda vez que la referencia del Tercer Pleno Casatorio Civil es citada únicamente por tres magistrados superiores ponentes. En lo que respecta, a la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, esta es referida en 25% de casos; asimismo, en lo que respecta a si tuvo que demandar la obligación alimentaria, esta fue referida en 25% de casos. Finalmente, en lo que respecta a si se “ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio”, esta ha sido citada en 25% de casos (Ver anexo Tabla N° 30).

En el extremo, de **“grado de afectación emocional o psicológica”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, solo citaron el Tercer Pleno Casatorio Civil el 25%, mientras que el 75% no lo señaló (Ver anexo Tabla N° 30). Por otro lado, del 25% de las sentencias de vista, se desprende que la totalidad (6) cumplió con citar la fundamentación jurídica, de las cuales, las 6 sentencias de vista omitieron fundamentar fácticamente dicho extremo, situación que vulnera la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 31).

Con relación a **“la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar”**.- Se demuestra que, de las 24 sentencias de vista, el 25% citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 75% no lo mencionó (Ver anexo Tabla N° 30). Por otro lado, del 25% de las sentencias de vista, se desglosa que la totalidad (6) cumplió con señalar la fundamentación jurídica, de las cuales, se advierte que 2 sentencias de vista fundamentaron fácticamente y las 4 restantes omitieron argumentar dicho extremo, lo cual contraviene la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 32).

Asimismo, con respecto a que, **“si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado”**.- Se advierte que, de las 24

sentencias de vista, el 25% señaló el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 75% no lo aludió (Ver anexo Tabla N° 30). Por otro lado, del 25% de las sentencias de vista, se desprende que la totalidad (6) cumplió con señalar la fundamentación jurídica, de las cuales, se advierte que 2 sentencias de vista fundamentaron fácticamente y los demás (4) omitieron sustentar dicho extremo, lo cual transgrede la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 33).

Ahora bien, en el caso de, **“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”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, el 22% citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 75% no lo señaló (Ver anexo Tabla N° 30). Por otro lado, del 25% de las sentencias de vista, se colige que la totalidad (6) cumplió con citar la fundamentación jurídica, de las cuales, se advierte que 2 sentencias de vista argumentaron fácticamente y los demás (4) omitieron sustentar dicho extremo, situación que vulnera la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 34).

(ii) La sentencia de vista, en su sección considerativa, señala en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), los siguientes criterios para identificar al cónyuge perjudicado:

En el criterio relacionado, **“el consorte que no haya dado motivos para la separación de hecho”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, el 16.67% (4) citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 83.33% (20) no lo señaló (Ver anexo Tabla N° 22). Por otro lado, del 16.67% de las sentencias de vista, se advierte que la totalidad (4) cumplió con citar la fundamentación jurídica, de las cuales, se advierte que en las 4 sentencias de vista se omitió sustentar la fundamentación fáctica, situación que vulnera la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 23). Esto

es, en dichos expedientes no se ha analizado las alegaciones y los medios probatorios ofrecidos y admitidos en el trámite del proceso.

Con respecto, **“a consecuencia de esa separación, la consorte 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”**.- Se advierte que, de las 24 sentencias de vista, el 16.67% (4) señaló el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 83.33% (20) no lo indicó (Ver anexo Tabla N° 22). Por otro lado, del 16.67% de las sentencias de vista, se desprende que la totalidad (4) cumplió con señalar la fundamentación jurídica, de las cuales, se evidencia que las 4 sentencias de vista omitieron fundamentar fácticamente, lo cual transgrede la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 24). Así, no se ha analizado las alegaciones y los medios probatorios ofrecidos y admitidos en el trámite del proceso.

Con relación, **“de la separación de hecho o el divorcio en sí, ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral”**.- Se demuestra que, de las 24 sentencias de vista, el 16.67% (4) citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 83.33% (20) no lo mencionó (Ver anexo Tabla N° 2). Por otro lado, del 16.67% de las sentencias de vista, se desglosa que la totalidad (4) cumplió con señalar la fundamentación jurídica, de las cuales, se advierte que 1 sentencia de vista fundamentó fácticamente y los 3 restantes omitieron argumentar dicho extremo, lo cual contraviene la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 25). Así, por ejemplo, el expediente que fundamentó fácticamente el criterio antes mencionado es el Expediente número 2507-2016-0-2301-JR-FC-02; en el cual se ha analizado las alegaciones y los medios probatorios ofrecidos y admitidos en el trámite del proceso

(iii) La sentencia, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), señala la causa

y/o hipótesis de separación de hecho de los cónyuges (cese de la vida en común):

En el extremo de **“la decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, ninguno citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, esto es, el 100% (Ver anexo Tabla N° 26). En consecuencia, ninguna resolución judicial presenta fundamentación jurídica y fundamentaron fáctica, cuya situación real y material vulnera la debida motivación.

En relación al criterio, **“el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo y estudios), pero luego de cesado este motivo, se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar”**.- Se advierte que, de las 24 sentencias de vista, el 100% no señaló el Tercer Pleno Casatorio Civil, es decir, la totalidad de las resoluciones judiciales omitió mencionarlo (24); por lo tanto, con respecto a dicho criterio no existe fundamentación jurídica y fáctica, lo cual transgrede la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 26).

Ahora bien, con respecto al criterio, **“cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación) para evitar que siga siendo maltratado física y moralmente”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, el 100% no citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, lo cual corresponde a la totalidad de resoluciones judiciales analizadas (24), incumpléndose, de este modo con no fundamentar jurídica y fácticamente, situación que vulnera la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 26).

En cuanto al criterio vinculado, esto es, **“cuando uno de los cónyuges, se aleja unilateralmente del hogar, porque el otro lo maltrata y ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, el 100% (1) no citó el Tercer Pleno Casatorio Civil (Ver anexo Tabla N° 26).

(iv) La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), señala la temporalidad y perjuicios de separación de hecho a efectos de determinar la indemnización por daños:

En relación al criterio, “**perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda**”.- Se advierte que, de las 24 sentencias de vista, el 12.50% (3) señaló el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 87.50% (21) no lo citó (Ver anexo Tabla N° 27). Por otro lado, del 12.50% de las sentencias de vista, se desprende que la totalidad (3) cumplió con señalar la fundamentación jurídica, mientras que en las 3 sentencias de vista se omitió fundamentar fácticamente (Ver anexo Tabla N° 28). En virtud de lo expuesto, se concluye que no existe un equilibrio entre fundamentación jurídica y fáctica, lo cual transgrede la debida motivación. Así, por ejemplo, en las 3 sentencias de vista, se fundamentó jurídicamente, pero se omitió fundamentar fácticamente, conforme se evidencia en el Expediente número 1144-2016-0-2301-JR-FC-01, Expediente número 2320-2015-0-2301-JR-FC-01, Expediente número 2899-2016-0-2301-JM-FC-01.

Con respecto al criterio, “**perjuicios que se produjeron desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida**”.- Se demuestra que, de las 24 sentencias de vista, el 12.50% (3) citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, mientras que el 87.50% (21) no lo mencionó (Ver anexo Tabla N° 27). Por otro lado, del 12.50% de las sentencias de vista, se desglosa que la totalidad (3) cumplió con señalar la fundamentación jurídica, de las cuales, se advierte que ninguna (0) sentencia de vista fundamentó fácticamente y en su totalidad (3) omitieron argumentar dicho extremo, lo cual contraviene la debida motivación. Estos expedientes son: Expediente número 1144-2016-0-2301-JR-FC-01,

Expediente número 2320-2015-0-2301-JR-FC-01, Expediente número 2899-2016-0-2301-JM-FC-01.

(v) La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), señala “perjuicios que se produjeron desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme”:

Con respecto al criterio, **“pérdida de pensiones que tiene como requisito la vigencia del matrimonio”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, ninguno citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, esto es, el 100% (24). En consecuencia, ninguna resolución judicial presenta fundamentación jurídica y fundamentaron fáctica (Ver anexo Tabla N° 35).

Con relación al criterio, **“pérdida de beneficios de seguros que tiene como requisito la vigencia del matrimonio”**.- Se advierte que, de las 24 sentencias de vista, el 100% no señaló el Tercer Pleno Casatorio Civil, es decir, la totalidad de las resoluciones judiciales omitió mencionarlo (24); por lo tanto, con respecto a dicho criterio no existe fundamentación jurídica y fáctica (Ver anexo Tabla N° 35).

Ahora bien, con respecto al criterio, **“pérdida de rentas que tiene como requisito la vigencia del matrimonio”**.- Se evidencia que, de las 24 sentencias de vista, el 100% no citó el Tercer Pleno Casatorio Civil, esto es, la totalidad de las resoluciones judiciales omitió mencionarlo (24); por lo tanto, con respecto a dicho criterio no existe fundamentación jurídica y fáctica, lo cual contraviene la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 35).

En síntesis, tal como se evidenció en la sección anterior, ninguna de las sentencias de vista indemniza de oficio al cónyuge perjudicado, situación que se caracteriza en esta sección a partir de la evidencia

científica generada en la estadística. Así, si bien, la gran mayoría de sentencias de vista fundamentan jurídicamente en base al 345-A del Código Civil, esta no se condice con la fundamentación fáctica del mismo. Por otro lado, en lo que respecta al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno), el 75% (tres cuartas partes) de las sentencias de vista no consideran el precedente judicial vinculante en su fundamentación jurídica para identificar al cónyuge perjudicado. Tomando en consideración que el Pleno Casatorio Civil “es un precedente vinculante, emitido bajo los alcances del artículo 400 del Código Civil, siendo así, su fuerza vinculatoria se aplica desde el día siguiente de su publicación, conforme al artículo 109° de la Constitución Política del Estado” (Casación N° 1218-2016-Lima Norte, publicada 30/01/2018). En esa línea de ideas, el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno) realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ha declarado como precedente judicial vinculante la siguiente regla número 4:

“(…) 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 circunstancia relevantes”.

Si bien es cierto, dichas circunstancias permiten identificar al cónyuge perjudicado, pero también es cierto, que los demás criterios desarrollados precedentemente, permiten identificar de alguna u otra manera al cónyuge perjudicado en los procesos del divorcio por la causal de separación de hecho en virtud del artículo 345°-A del Código Civil y los artículos 1° y 4° de la Constitución Política del Perú.

4.3.1.3. Nivel de vulneración de la debida motivación de las sentencias de vista

Para analizar el nivel de vulneración de la debida motivación de las sentencias de vista, se ha tomado en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 728-2008-PHC/TC, donde se consignan seis supuestos de indebida motivación: “a) Inexistencia de motivación o motivación aparente, b) Falta de motivación interna del razonamiento, c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas; d) La motivación insuficiente, e) La motivación sustancialmente incongruente y f) Motivaciones calificadas”; a continuación, por medio de una escala de Likert, determinaremos cuantitativa y cualitativamente el nivel de indebida motivación de las resoluciones judiciales.

Con respecto a la **“falta de motivación interna del razonamiento, las deficiencias en la motivación externa-justificación de la premisas y motivaciones calificadas”**; señalamos que no hemos evidenciado estos vicios de motivación en las sentencias de vista. Con respecto a **falta de motivación interna del razonamiento**, que consiste “en defectos internos de la motivación, se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión” (Expediente N° 00728-2008-PHC/TC); en la investigación, en relación a dicho extremo, no se ha identificado el vicio de motivación en mención, motivo por el cual no se procede al análisis correspondiente. Asimismo, con respecto a **las deficiencias en la motivación externa-justificación de las premisas** que consiste en “el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica” (Expediente N° 00728-2008-PHC/TC); al igual que en la

situación anterior, no se identificó en las sentencias de vista analizadas el vicio de motivación antes aludida por lo que no se procedió a efectuar el análisis al respecto. Del mismo modo, con respecto a **motivaciones cualificadas** consiste en que “resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad” (Expediente N° 00728-2008-PHC/TC); en el caso de la investigación llevada a cabo, esto es, en las sentencias de vista que fueron materia de análisis no se identificó el vicio de motivación denominada motivaciones cualificadas, por cuanto no se abordó el tema de rechazo de la demanda ni el tópico vinculado a la libertad. En virtud de lo expuesto, concluimos y consideramos que no se evidencian suficientes elementos objetivos para determinar la indebida motivación de las sentencias de vista.

Con relación al supuesto de la “**motivación sustancialmente incongruente**”, evidenciamos que existe una sentencia de vista (“Expediente N° 1353-2015-0-2301-JR-FC-01”), donde se advierte que el proceso es un expediente acumulado (Ver anexo Tabla N° 41). La primera instancia declaró fundada la demanda del divorcio por la causal de separación de hecho y el divorcio por causal de adulterio. Dicha sentencia fue apelada únicamente en el extremo de la pretensión accesoria que le fue denegada a la demandante del divorcio por la causal de adulterio, esto es, indemnización por daño moral previsto en el artículo 351° del Código Civil. En consecuencia, la sala emite pronunciamiento con relación a dicho extremo. Si bien es cierto, no se apeló los demás extremos de la sentencia de primera instancia, la sala tenía la obligación legal de pronunciarse sobre las demás pretensiones en grado de consulta, por lo que dicha situación vulnera la debida motivación en su supuesto de motivación sustancialmente incongruente.

Ahora bien, con respecto al supuesto de **“inexistencia de motivación o motivación aparente”**, consideramos que existen 16 sentencias de vista donde se vulnera la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 41). Así, en el Expediente N° 617-2017-0-2301-JR-FC-01 “no se responde a las alegaciones de las partes”; en el Expediente N° 701-2017-0-2301-JR-FC-01 “solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 1076-2014-0-2301-JR-FC-01 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan su decisión y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 1913-2017-0-2301-JR-FC-02 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 2134-2015-0-2301-JR-FC-01 “solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 2320-2015-0-2301-JR-FC-01 “no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 2899-2016-0-2301-JM-FC-01 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 2972-2014-0-2301-JR-FC-01 “no responde a las alegaciones de las partes del proceso”; en el Expediente N° 3679-2016-0-2301-JR-FC-02 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 3756-2016-0-2301-JR-FC-01 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 995-2016-0-2301-JR-FC-02 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 2676-2013-0-2301-JR-FC-01 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones

de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 1842-2015-0-2301-JR-FC-02 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión y no responde a las alegaciones de las partes del proceso”; en el Expediente N° 2951-2014-0-2301-JR-FC-02 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 1157-2015-0-2301-JR-FC-01 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 285-2016-0-2301-JR-FC-01 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”; en el Expediente N° 875-2016-0-2301-JR-FC-01 “no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a las alegaciones de las partes del proceso y solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato”.

Asimismo, con relación al supuesto de “**motivación insuficiente**”, consideramos que existen 19 sentencias de vista, donde se vulnera la debida motivación (Ver anexo Tabla N° 41). Así, en el Expediente N° 617-2017-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 701-2017-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 1076-2014-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 1913-2017-0-2301-JR-FC-02, en el Expediente N° 2134-2015-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 2320-2015-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 2507-2016-0-2301-JR-FC-02, en el Expediente N° 2899-2016-0-2301-JM-FC-01, en el Expediente N° 2972-2014-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 3027-2016-0-2301-JR-FC-02, en el Expediente N° 3679-2016-0-2301-JR-FC-02, en el Expediente N° 3756-2016-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 1760-2014-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 995-2016-0-2301-JR-FC-02, en el Expediente N° 2676-2013-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 1842-2015-0-2301-JR-FC-

02, en el Expediente N° 2951-2014-0-2301-JR-FC-02, en el Expediente N° 1157-2015-0-2301-JR-FC-01, en el Expediente N° 285-2016-0-2301-JR-FC-01, se evidencia “básicamente, mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. La insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resulta relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la *insuficiencia* de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”.

En virtud de lo expuesto precedentemente, se concluye que, del total de 24 sentencias de vista, ninguno solicitó indemnización para el cónyuge perjudicado; en consecuencia, se debe emitir pronunciamiento de oficio al respecto; siendo así, se evidencia que de estos 24 casos no se otorgó indemnización de oficio a nadie, lo cual corresponde al 100% de casos. Lo señalado permite colegir que, a la totalidad de casos, no se otorgó indemnización de oficio al cónyuge perjudicado. Ahora bien, de estos 24 casos, el 66.67% de sentencias de vista presentan un nivel muy alto de indebida motivación en el supuesto de “inexistencia de motivación o motivación aparente” (tal como se detalló líneas arriba), mientras que el 79.17% de casos evidencian un nivel muy alto de “motivación insuficiente” y el 4.17% de casos presentan un nivel muy alto de motivación sustancialmente incongruente (tal como se detalló líneas arriba). Lo señalado permite sostener que las resoluciones judiciales que son objeto de investigación, presentan indicios de incurrir en indebida motivación, contraviniendo la Carta Magna y el artículo 345-A del Código Civil, concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil; generándose evidencias que permiten comprobar nuestras hipótesis de investigación.

4.3.2. ENCUESTA APLICADO A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO

Además de la guía de revisión documental, argumentativo y dogmático, se aplicó un cuestionario de encuesta, dirigido a los profesionales del derecho que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna, entre los que se encuentran Jueces y fiscales de la especialidad civil y familia, docentes universitarios de postgrado en derecho constitucional y argumentación jurídica, abogados en especialidad civil y familia, estudiantes de maestrías en derecho constitucional y derecho civil y doctorado en derecho.

El cuestionario estuvo constituido por siete preguntas, seis de ellas cerradas y una abierta, las cuales fueron aplicadas y sistematizadas por medio del *Google Forms*. Tal como se hace referencia en la sección metodológica, se aplicaron un total de sesenta y ocho encuestas con un margen de error de 10% y un nivel de confianza de 90%.

TABLA N° 03

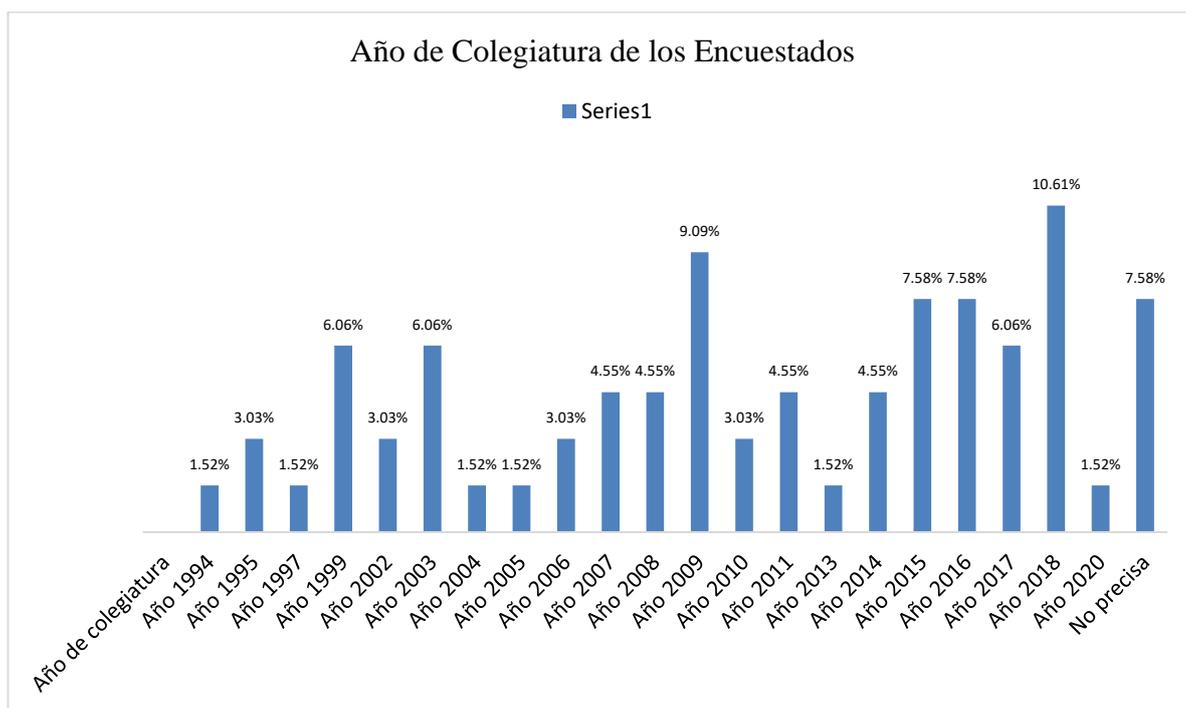
Año de colegiatura de los profesionales de derecho que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Año de colegiatura	f1	h1%	F1	H1%
1994	1.03	1.52%	1.03	1.52%
1995	2.04	3.00%	3.07	4.52%
1997	1.03	1.52%	4.11	6.04%
1999	4.12	6.06%	8.23	12.10%
2002	2.04	3.00%	10.27	15.10%
2003	4.12	6.06%	14.39	21.16%
2004	1.03	1.52%	15.42	22.68%
2005	1.03	1.52%	16.46	24.20%
2006	2.06	3.03%	18.52	27.23%
2007	3.09	4.55%	21.61	31.78%
2008	3.09	4.55%	24.70	36.33%
2009	6.18	9.09%	30.89	45.42%
2010	2.06	3.03%	32.95	48.45%
2011	3.09	4.55%	36.04	53.00%
2013	1.03	1.52%	37.07	54.52%
2014	3.09	4.55%	40.17	59.07%
2015	5.15	7.58%	45.32	66.65%
2016	5.15	7.58%	50.48	74.23%
2017	4.12	6.06%	54.60	80.29%
2018	7.21	10.61%	61.81	90.90%
2020	1.03	1.52%	62.85	92.42%
No precisa	5.15	7.58%	68.00	100.00%
	68	100%		

Fuente: Encuesta (elaboración propia)

GRÁFICO N° 03

Año de colegiatura de los profesionales de derecho que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna



Fuente: Tabla N° 03

Como puede observarse en el gráfico N° 03, la población encuestada es heterogénea, en cuanto a los años de colegiatura. Ello nos permite evidenciar que hay profesionales del derecho que cuentan con más de veinte años de trayectoria profesional, cuya experiencia contribuye a percibir la administración de justicia en la Corte Superior de Justicia de Tacna.

TABLA N° 04

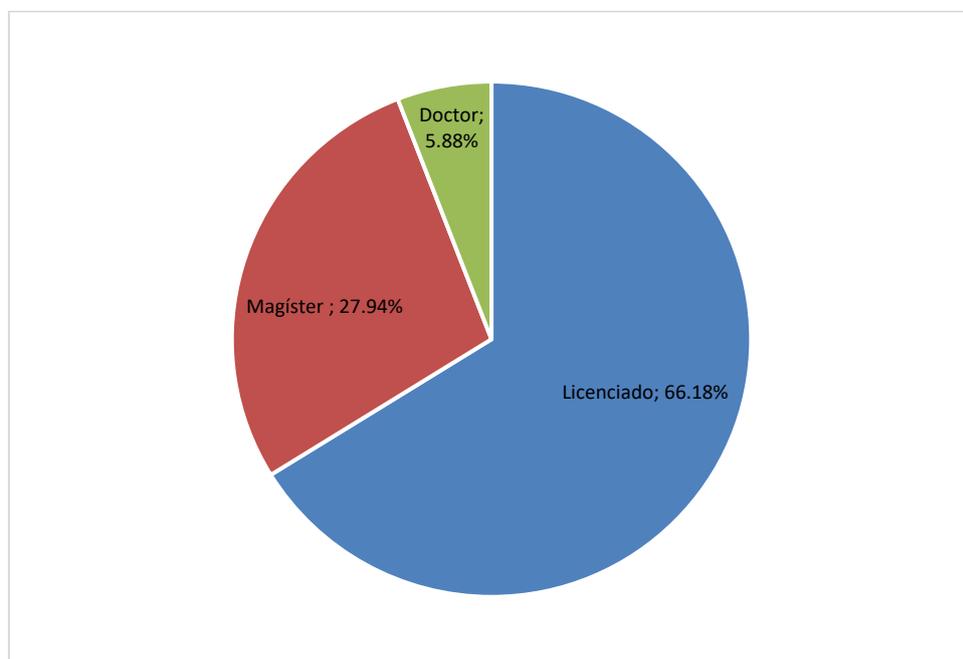
Grado académico de los profesionales de derecho que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Grado académico	f1	h1%	F1	H1%
Licenciado	45	66.18%	45	66.18 %
Magíster	19	27.94 %	64	94.12 %
Doctor	4	5.88 %	68	100.00 %
TOTAL	68	100.00		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 04

Grado académico de los profesionales de derecho que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna



Fuente: Tabla N° 04

Continuando con la caracterización de la población, se observa en la Tabla N° 04 que 66.18% de los profesionales del derecho encuestados ostentan el grado de licenciado, mientras que el 27.94% de los profesionales poseen el grado de magíster y el 5.88% tiene el grado académico de doctor. En ese sentido, se evidencia que más 50% de profesionales del derecho encuestados son licenciados y un porcentaje mínimo ostenta el grado de doctor.

TABLA N° 05

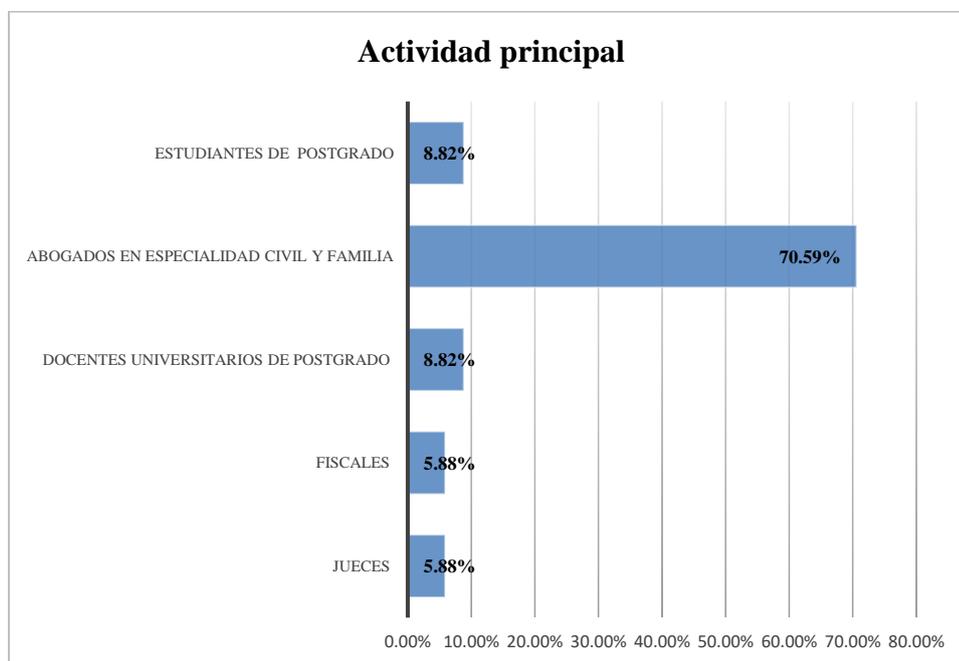
Actividad principal de los profesionales de derecho que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Profesional del derecho	f1	h1%	F1	H1%
Jueces	4	5.88%	4	5.88%
Fiscales	4	5.88%	8	11.76%
Docentes universitarios de postgrado	6	8.82%	14	20.59%
Abogados en especialidad civil y familia	48	70.59%	62	91.18%
Estudiantes de postgrado	6	8.82%	68	100.00%
TOTAL	68	100.00%		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 05

Actividad principal de los profesionales de derecho que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna



Fuente: Tabla N° 05

De la Tabla N° 05, se advierte que, del total de los profesionales de derecho encuestados, el 70.59% ejerce como actividad principal la abogacía (litigante), el 8.82% se encuentra cursando estudios de postgrado, el 8.82% se desempeña como docente universitario y el 5.88% ejerce funciones de juez y fiscal en la especialidad de civil y familia, respectivamente. Cuya situación, permite deducir que la mayoría de los abogados tienen como función principal la litigación, cuya práctica diaria se encuentra relacionada con el nivel de veracidad de las respuestas otorgadas en la encuesta. En lo que respecta a la actividad secundaria, se evidencia que, del total de abogados encuestados, tienen como actividad secundaria: el 57.4% ejerce la abogacía (litigante), el 27.9% cursa estudios de postgrado, el 11.5% se desempeña como docente universitario. Lo cual reafirma, la constitución de la población encuestada conformada por los profesionales de derecho.

TABLA N° 06

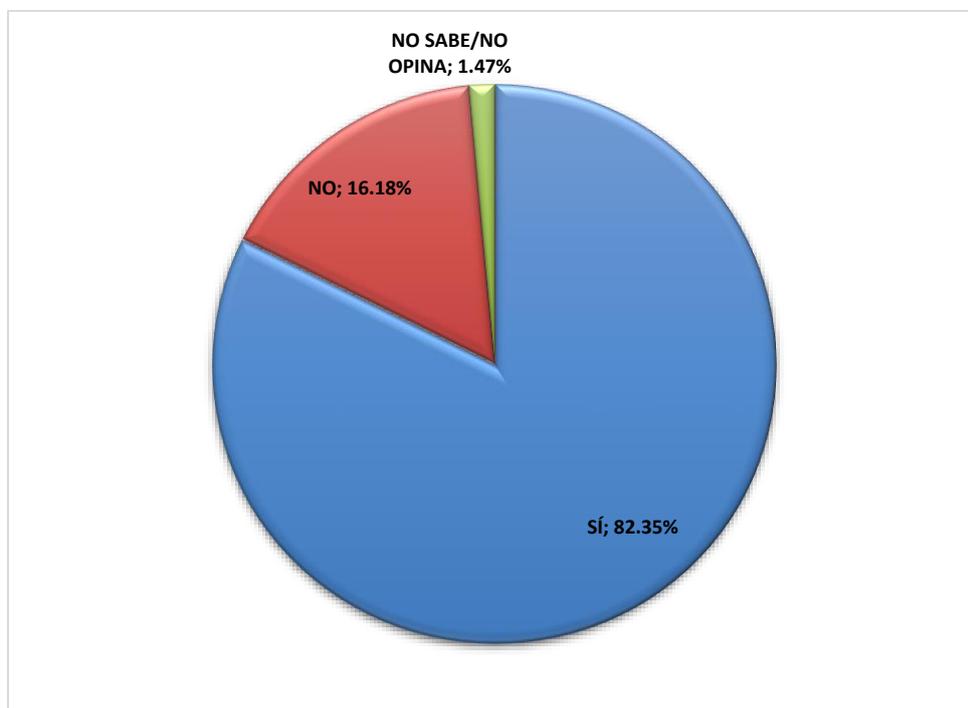
¿Considera, usted, que las sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, deben fijar de oficio a favor del cónyuge perjudicado la indemnización por daños?

Indemnización de oficio	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	56	82.35%	56	82.35%
NO	11	16.18%	67	98.53%
NO SABE/NO OPINA	1	1.47%	68	100.00%
TOTAL	68	100.00%		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 06

¿Considera, usted, que las sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, deben fijar de oficio a favor del cónyuge perjudicado la indemnización por daños?



Fuente: Tabla N° 06

Según la Tabla N° 06, se desprende de la interrogante: ¿Considera, usted, que las sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, deben fijar de oficio a favor del cónyuge perjudicado la indemnización por daños? que el 82.35% del total de encuestados, considera que las sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, deberían fijar de oficio a favor del cónyuge perjudicado la indemnización por daños; mientras que el 16.18% no lo considera de ese modo y el 1.47% no opina al respecto. En ese sentido, las cifras de las respuestas, tienen incidencia con la mayoría de las respuestas dadas por los abogados litigantes, tomando en consideración que 7 de cada 10 profesionales de derecho, se dedican a la actividad principal de la litigación; por lo tanto, las respuestas otorgadas poseen una veracidad afirmada en la práctica diaria del derecho. La opinión vertida por los encuestados guarda relación con la situación de las sentencias de vista evidenciadas por la guía de revisión documental.

TABLA N° 07

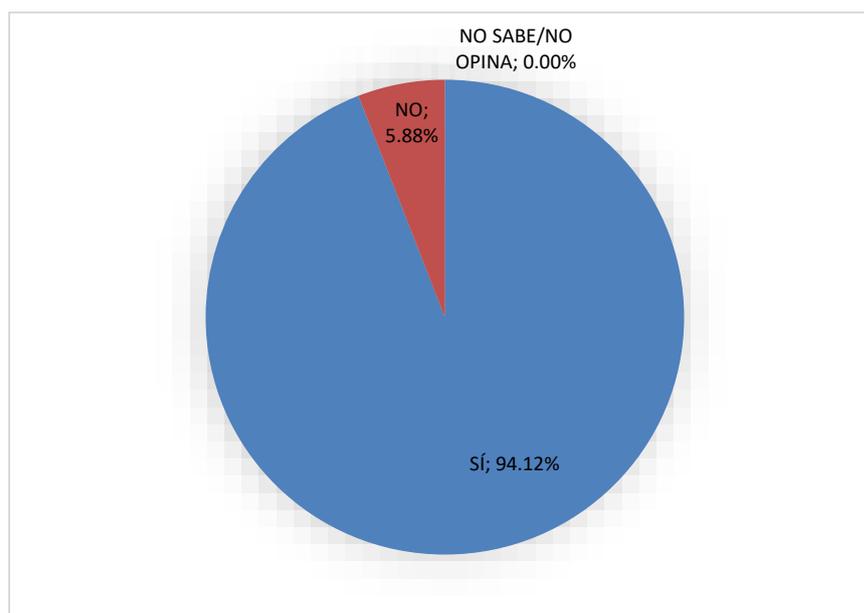
¿Conoce, usted, que los jueces tienen la obligación constitucional de motivar debidamente las sentencias que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho y la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado?

Obligación constitucional de motivar debidamente	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	64	94.12%	64	94.12%
NO	4	5.88%	68	100.00%
NO SABE/NO OPINA	0	0.00%	68	100.00%
TOTAL	68	100%		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 07

¿Conoce, usted, que los jueces tienen la obligación constitucional de motivar debidamente las sentencias que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho y la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado?



Fuente: Tabla N° 07

De conformidad a la Tabla N° 07, se desglosa de la pregunta: ¿Conoce, usted, que los jueces tienen la obligación constitucional de motivar debidamente las sentencias que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho y la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado? que el 94.12% del total de encuestados, conoce que los jueces tienen la obligación constitucional de motivar debidamente las sentencias que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho y la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; mientras que el 5.88% manifiesta no conocer dicha situación. En efecto, las cifras de las respuestas, tienen incidencia con la mayoría de las respuestas dadas por los abogados litigantes, ya que 7 de cada 10 profesionales de derecho, tienen como actividad principal la litigación; en consecuencia, sus respuestas poseen una veracidad afirmada en la práctica diaria del derecho. Se conoce la normativa; sin embargo, no se genera una fundamentación fáctica suficiente, tal como se evidencia a partir de la revisión documental.

TABLA N° 08

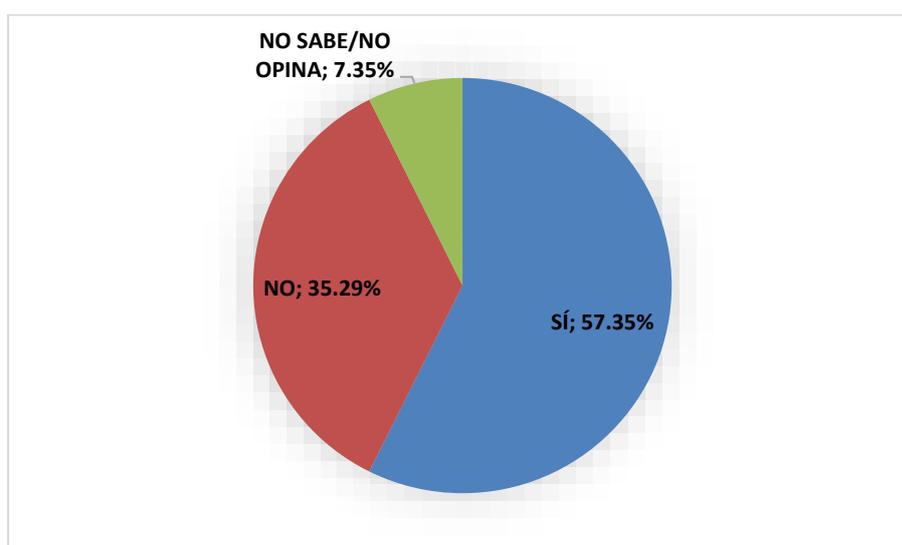
¿Conoce, usted, que en el año 2018, los Jueces de las Salas Civiles de Tacna han expedido sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, incumpliendo su obligación constitucional y legal tuitiva de motivarlas debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado?

Conoce sentencias de vista de 2018	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	39	57.35%	39	57.35%
NO	24	35.29%	63	92.65%
NO SABE/NO OPINA	5	7.35%	68	100.00%
TOTAL	68	100%		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 08

¿Conoce, usted, que en el año 2018, los Jueces de las Salas Civiles de Tacna han expedido sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, incumpliendo su obligación constitucional y legal tuitiva de motivarlas debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado?



Fuente: Tabla N° 08

Según la Tabla N° 08, referente a la pregunta: ¿ Conoce, usted, que en el año 2018, los Jueces de las Salas Civiles de Tacna han expedido sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, incumpliendo su obligación constitucional y legal tuitiva de motivarlas debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado? se observa que el 57.35% señala conocerla; mientras que 35.29% precisa no tener conocimiento al respecto y 7.35% no sabe y no opina; la información presentada evidencia que más del 50% de los profesionales encuestados conoce la materia que es objeto investigación, quienes en su mayoría tienen como actividad principal la litigación (7 de cada 10), ellos opinan que las resoluciones judiciales incumplen con la obligación constitucional y la obligación legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, situación que se condice con la guía de revisión documental que evidencia indebida motivación de las sentencias de vista (ver Anexo tabla N° 41).

TABLA N° 09

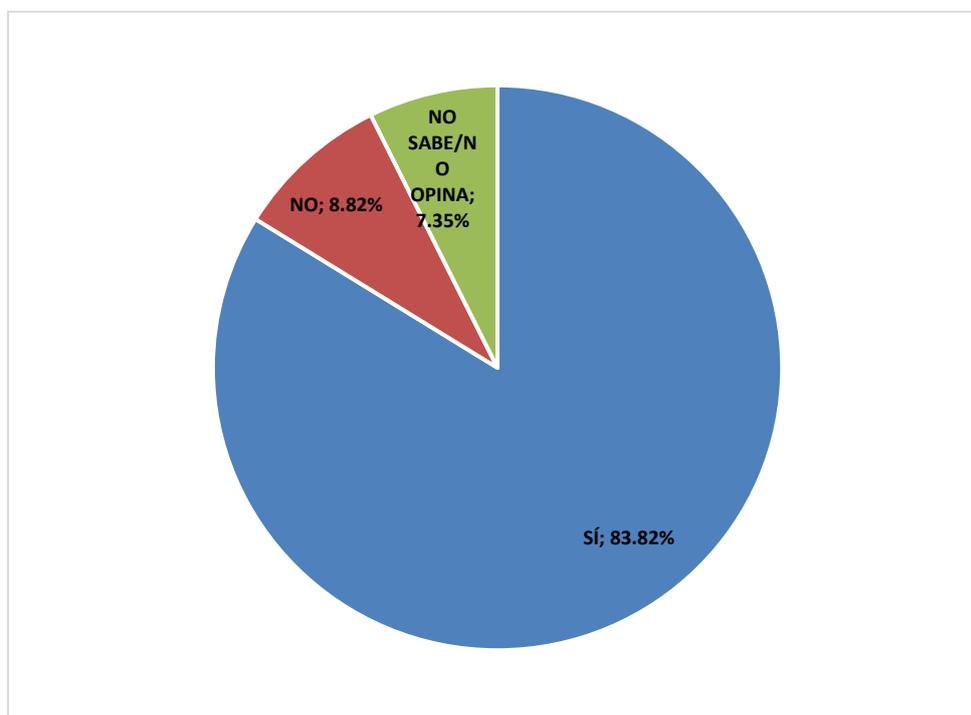
¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la debida motivación de dicho cónyuge?

Vulneración al derecho fundamental a la debida motivación	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	57	83.82%	57	83.82%
NO	6	8.82%	63	92.65%
NO SABE/NO OPINA	5	7.35%	68	100.00%
TOTAL	68	100%		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 09

¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la debida motivación de dicho cónyuge?



Fuente: Tabla N° 09

De acuerdo a la Tabla N° 09, concerniente a la pregunta si “¿considera que los Jueces al no motivar adecuadamente las sentencias de vista y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la debida motivación de dicho cónyuge?”; se aprecia que el 83.82% considera que sí se vulnera el derecho señalado, por otro lado el 8.82% de los encuestados precisa que no y 7.35% indica que no sabe; aunado a ello, 7 de cada 10 profesionales del derecho, tienen como actividad principal la litigación; en consecuencia, sus respuestas poseen una veracidad afirmada en la práctica diaria del derecho. Asimismo, la información presentada evidencia la existencia de una realidad concreta, caracterizada por la vulneración del derecho fundamental a la debida motivación a partir de la inadecuada motivación de las sentencias de vista, que no fijan de oficio la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, la guía de revisión documental y la encuesta corroboran dicha situación concreta.

TABLA N° 10

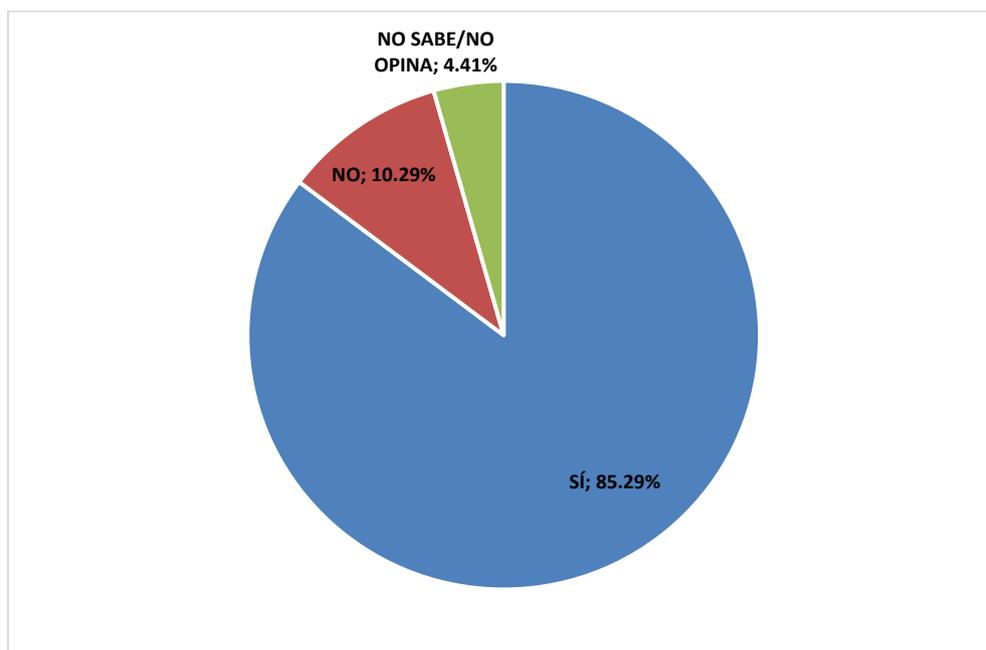
¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias de vista y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental al debido proceso de dicho cónyuge?

Vulneración al derecho fundamental al debido proceso	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	58	85.29%	58	85.29%
NO	7	10.29%	65	95.59%
NO SABE/NO OPINA	3	4.41%	68	100.00%
TOTAL	68	100.00%		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 10

¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias de vista y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental al debido proceso de dicho cónyuge?



Fuente: Tabla N° 10

INTERPRETACIÓN

Según la Tabla N° 10, relacionado a la pregunta: “¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental al debido proceso de dicho cónyuge?”; se distingue que el 85.29% de los encuestados, señala que sí se vulnera del derecho fundamental al debido proceso, mientras que el 10.29% indica que no se vulnera dicho derecho y el 4.42% manifiesta que no sabe; por otro lado, se debe tomar en consideración que de 7 de cada 10 profesionales del derecho, tienen como actividad principal la litigación; en consecuencia, sus respuestas poseen una veracidad afirmada en la práctica diaria del derecho. En ese sentido, las cifras presentadas evidencian la vulneración al derecho fundamental al debido proceso a partir de la indebida motivación de las sentencias de vista, que no fijan de oficio la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, la guía de revisión documental y la encuesta corroboran la hipótesis planteada en la investigación.

TABLA N° 11

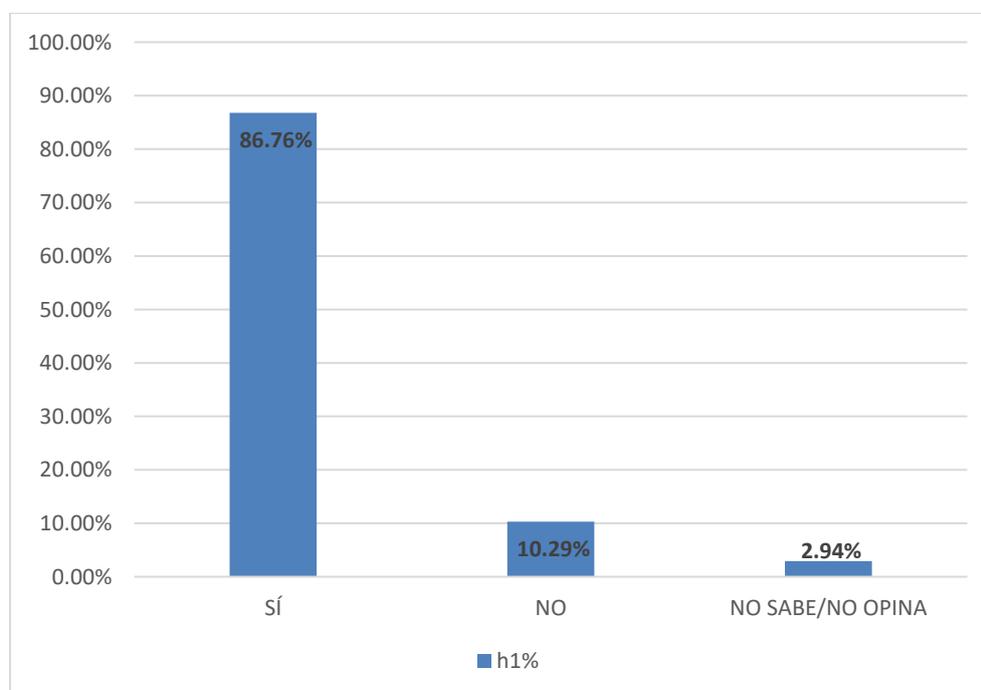
¿Considera usted que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de dicho cónyuge?

Vulneración al derecho fundamental a la tutela procesal efectiva	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	59	86.76%	59	86.76%
NO	7	10.29%	66	97.06%
NO SABE/NO OPINA	2	2.94%	68	100.00%
TOTAL	68	100.00%		

FUENTE: Cuestionario (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 11

¿Considera usted que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de dicho cónyuge?



Fuente: Tabla N° 11

De acuerdo a la Tabla N° 11, referente a la pregunta: ¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de dicho cónyuge?; se observa que el 86.76% de los encuestados indica que sí se transgrede el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, mientras que el 10.29% precisa que no y el 2.94% manifiesta que no sabe; por otro lado, se debe tomar en consideración que de 7 de cada 10 profesionales del derecho, tienen como actividad principal la litigación; en consecuencia, sus respuestas poseen una veracidad afirmada en la práctica diaria del derecho. La información presentada evidencia la vulneración al derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, la cual está relacionada con la indebida motivación (STC N° 728-2008-PHC/TC), esto es, la inexistencia de motivación o motivación aparente, la motivación insuficiente y la motivación sustancialmente incongruente, respectivamente (ver Anexo Tabla N° 41).

Ahora bien, con respecto a la pregunta número siete: “En su opinión ¿Cuáles serían los motivos por los que los referidos Jueces no suelen fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, pese a que, al declarar el divorcio por la causal de separación de hecho, han identificado al cónyuge perjudicado?”

Se tiene los siguientes comentarios y apreciaciones otorgado por abogados en especialidad civil y familia, docentes universitarios de postgrado en derecho constitucional y argumentación jurídica, estudiantes de maestrías en derecho constitucional y derecho civil y doctorado en derecho, jueces de primera instancia en especialidad de civil y familia, fiscales en especialidad civil y familia:

(i) “Porque no hay medios probatorios, no hay elementos probatorios para otorgar indemnización. El único propósito de las partes es divorciarse, puesto que ya llevan separados muchos años y buscan regularizar dicha situación; por lo tanto, no sustentan y no ofrecen medios probatorios para efectos de la indemnización. Asimismo, los abogados no asesoran bien a sus patrocinados”. Si bien es cierto, el divorcio por la causal de separación es un tipo de divorcio remedio; en efecto, dicho tipo de divorcio regulariza una situación fáctica de hecho, pero también es cierto que el artículo 435-A del Código Civil dispone identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado, concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil (precedente judicial vinculante), donde se detallan varios criterios para identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado.

(ii) “Debido a la carga procesal en las instancias”. Efectivamente, la carga procesal de los juzgados se ha vuelto insostenible con el transcurrir del tiempo; sin embargo, dicha situación no exime al magistrado cumplir a cabalidad la ley y la Constitución; su rol es administrar justicia para alcanzar la paz social.

(iii) **“Debido a una actuación rutinaria, porque en los procesos de divorcio están focalizados en disolver el vínculo matrimonial, se pierde interés en los efectos colaterales negativos que sufre la parte agraviada”**. Si bien es cierto, la mayoría de las partes procesales buscan finiquitar el vínculo matrimonial, lo cual es razonable; no obstante, se debe tener en consideración que el matrimonio termina con el divorcio, pero las obligaciones y responsabilidades con la familia persisten en el tiempo de conformidad con el artículo 4° de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, efectivamente, lo expresado se condice con la Guía de Revisión Documental, Argumentativo y Dogmático, pues más del 50% no solicita indemnización, porque el propósito fundamental de la demanda del divorcio por la causal de separación de hecho es regularizar una situación fáctica; no obstante, la norma es expresa en señalar que en dicho tipo de divorcio, se debe identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado de oficio, cuando las partes no lo hayan solicitado.

(iv) **“Se desconoce la interpretación con enfoque constitucional en materia de derechos fundamentales, en especial de la dignidad humana”**. De conformidad a los artículos 3°, 55° y Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú, “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los tratados y acuerdos internacionales” del cual el Perú es parte. En ese sentido, la Constitución se debe interpretar en forma integral, tomando en cuenta la dignidad de la persona, previsto en el artículo 1° de la Constitución.

(v) **“Los jueces superiores de la sala civil, en aplicación del principio *quantum devolutum tantum appellatum*, se limitan a dar respuesta y revisar únicamente respecto de los argumentos de apelación. Asimismo, por no haber sido apelado y cuestionado el extremo del pronunciamiento de indemnización”**. Indudablemente, el

principio “*quantum devolutum tantum appellatum*”, es un principio vigente; sin embargo, en materia de divorcio; el juez por mandato legal, debe elevar en **consulta** al superior en grado, si las partes no apelaron la resolución judicial. Por lo tanto, el colegiado debe examinar las resoluciones judiciales del divorcio por la causal de separación de hecho, bien en grado de apelación o en bien en grado de consulta, porque el Estado protege a la familia y al más vulnerable.

(vi) **“La indemnización para el cónyuge perjudicado debe ser requerida en la demanda y discutida en el proceso, no se puede fijar una indemnización sobre algo que no ha sido materia de debate y menos aún fijado como punto controvertido”**. Al respecto, se debe precisar que la norma establece expresamente dicho derecho, en el artículo 345-A del Código Civil, Concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil. No necesariamente, debe ser requerida, toda vez que el juez en función a su facultad tuitiva, debe identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado de oficio en dichos casos, siempre en cuando él advierta de los fundamentos fácticos de la demanda, contestación de la demanda y de la reconvención dicha condición, lo cual se denomina pretensión implícita.

(vii) **“Creen que se vulnera la congruencia procesal, consideran que, en el proceso, debe prevalecer el principio dispositivo o desconocen la función tuitiva en este tipo de procesos”**. Considero al respecto, que los magistrados no desconocen la norma, más bien, analizan de manera muy sucinta y somera dicho extremo, toda vez que la mayoría de las partes procesales no apelan la resolución judicial de primera instancia; en consecuencia, la no ser apelada, coligen que las partes están conformes y de acuerdo con el fallo de primera instancia; asimismo, no se vulneraría el principio de congruencia procesal, toda vez que dicho extremo se encuentra amparado en el artículo 345-A del Código Civil.

(viii) **“Los jueces esperan que sea expresamente pedido en el petitorio”**. Al respecto se debe señalar que no es una regla solicitar la

indemnización como pretensión, toda vez que el magistrado tiene la obligación legal tuitiva de emitir pronunciamiento de oficio con relación a dicho extremo, en mérito al artículo 345-A del Código Civil, concordante con el Tercer Pleno Casatorio Civil.

En virtud de lo expuesto, se concluye que la encuesta refleja una realidad sostenida en el planteamiento de la hipótesis de la investigación. Asimismo, corrobora la realidad evidenciada a partir de la guía de revisión documental, argumentativo y dogmático de las sentencias de vista.

4.3.3. ENTREVISTA

Para la presente sección, se desarrollaron entrevistas por medio de una guía semi estructurada, dirigida a un magistrado superior, dos constitucionalistas, un secretario de juzgado, un asistente de magistrado superior. Para exponer esta sección, dividiremos la exposición en las dos primeras hipótesis específicas, para luego analizar los hallazgos emergentes; asimismo, se citarán extractos de las entrevistas a modo de evidencias científicas de la investigación.

Así, nuestra primera hipótesis específica sostiene que **“las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con garantizar el derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018”**

Respecto a ello, debemos tomar en cuenta que queda evidenciada una realidad por medio de la guía de revisión documental, argumentativo y dogmático, la encuesta y el desarrollo de la entrevista, esta realidad da cuenta de la existencia de sentencias de vista que vulneran el derecho fundamental a la debida motivación al no indemnizar de oficio al cónyuge perjudicado. Al respecto, uno de los entrevistados, manifiesta que:

“Bueno, el tema de experiencia, es verdad que, en este tipo de procesos, por el tiempo que he estado trabajando en sala, sí es verdad, no es muy común que, en este tipo de divorcio, en las sentencias, el juez de primera instancia dé, por ejemplo, indemnización. Generalmente, no sé si sea un “*cliché*”, indicando que no se advierte que una de las partes haya ofrecido algún medio de prueba” (Asistente de Magistrado Superior).

Si bien el asistente hace referencia a las sentencias de primera instancia, las cuales contravendrían la debida motivación, es importante dar cuenta que el superior en grado también contraviene el derecho fundamental en mención. Asimismo, no solamente se corrobora una realidad, sino que esta resulta también recurrente.

“Llevo casi 4 años laborando en el Juzgado de Familia de la Corte y casi 10 meses y un poco más, trabajé en la Sala Civil, de esa forma he podido conocer la opinión de primera y segunda instancia, en cuanto a las sentencias. Ahora, por mi trabajo como secretaria conozco la normativa, porque es una herramienta que usamos sobre todo el Código Civil y Código Procesal Civil de acuerdo a los procesos que llevamos. El divorcio por la causal de separación es el proceso más usual interpuesta por las partes, es la causal más planteada” (Especialista de Juzgado).

Como se puede advertir en el primer y segundo extracto de las entrevistas, no solamente se comprueba la existencia de la realidad que constituye nuestra propuesta de investigación, sino que, además, compone una realidad usual. Por lo que generar conocimiento científico sobre esta problemática, se torna aún más importante.

Con respecto a la contravención a la debida motivación, se sostiene que lo que se vulnera es el debido proceso, mas no la debida motivación.

“No, no hemos venido anulando las sentencias en ese sentido, porque como te digo, yo pienso que no vulnera el deber de motivación, lo que vulnera es el debido proceso. Porque, habiendo una disposición que dice, que el juez debe pronunciarse de oficio y no se está cumpliendo, entonces cuando sube en consulta... la verdad... es que cuando sube en consulta, no se repara en ello, porque asumimos que las partes están conformes y que no se les está causando ningún perjuicio, porque la parte no apela, entonces no se les está causando ningún perjuicio. Yo pienso que hay un mal asesoramiento, el abogado que no orienta debidamente a las partes” (Magistrado Superior).

De este extracto, pueden colegirse tres dimensiones básicas: la primera de ellas, en relación al debido proceso; segundo, la no reparación del cónyuge perjudicado en las resoluciones judiciales que se elevan en grado de consulta y tercero, el nivel de orientación de los abogados hacia las partes. Con respecto a la primera dimensión, se debe indicar que el debido proceso en “su contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la **motivación**, etcétera. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”; en sentido, al vulnerarse el debido proceso, se vulnera también implícitamente la debida motivación de las resoluciones judiciales. En relación a la segunda dimensión, se desprende que efectivamente en concordancia con la guía de revisión documental, se constata que, del total de sentencias de vista analizadas, se tiene que el 995.83% se elevó a la sala en grado de consulta (Ver Tabla N° 14), esto es, la gran mayoría de las partes procesales no cuestionaron el fallo de la resolución judicial en el extremo de la indemnización al cónyuge perjudicado, lo cual se condice con la aseveración del magistrado

entrevistado. Finalmente, con respecto a la tercera dimensión, el nivel de orientación de los abogados hacia las partes procesales, resulta necesario señalar que el 100% de casos no solicitó indemnización para el cónyuge perjudicado; en consecuencia, no se tiene en la demanda la fundamentación fáctica expresa y medios probatorios expresamente sustentados con relación a dicha pretensión implícita en todos los casos, aunado a ello, no ha sido cuestionado tal como se asevera en la entrevista; sin embargo, las situaciones descritas no lo eximen de responsabilidad constitucional y legal de motivar debidamente las resoluciones judiciales con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado. Sin embargo, más adelante, en sintonía con lo anterior, se observa que

“Sobre ¿casos dónde no se ha pronunciado sobre indemnización? Sí, una gran parte de casos dicen, los jueces de primera instancia colocan: *No se emite pronunciamiento con respecto a la indemnización, puesto que no se ha identificado ningún cónyuge perjudicado*, nada más. Ahí hay una falta de motivación ciertamente ¿no? Pero, la traba es, la parte no apela, yo entiendo que está conforme, el retornar el expediente a primera instancia para decirle, pronúnciate bien, implica muchas veces que el expediente se enrede (...)” (Magistrado Superior).

Siendo así, en pro del principio de la celeridad procesal, previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se propende a aprobar y confirmar la sentencia de primera instancia. En esa línea de ideas, es importante dar cuenta que existe una responsabilidad compartida entre los abogados que representan a sus patrocinados y los magistrados que expiden las resoluciones del divorcio por la causal de separación de hecho al no fijar la indemnización de oficio al cónyuge perjudicado.

Asimismo, ha sido importante la consideración de los especialistas en derecho constitucional a fin de profundizar en el derecho fundamental a la debida motivación:

“Yo considero más que todo, cuando se aborda los derechos fundamentales, el objetivo de los derechos humanos, es justamente, generar un estado de bienestar de la persona, desde el momento que la persona se ve afectada en cualquiera de sus derechos fundamentales, bajo cualquier forma, ya hay una vulneración y una afectación. Entonces la Constitución lo que ampara es que la plenitud de los derechos fundamentales, en este caso, se tiene que dar en su máxima extensión (...)” (Constitucionalista 1).

Ahora bien, tomando en consideración lo señalado por el asistente de magistrado y especialista judicial, se infiere que no se identifica y otorga indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación, por cuanto las partes no lo solicitan y no ofrecen suficiente caudal probatorio para amparar dicho mandato constitucional y legal; aunado a ello, ambos entrevistados alegaron que el tipo de divorcio más usual es el divorcio por la causal de separación de hecho; siendo así, resulta imperativo precisar que en este tipo de procesos cumple un rol muy importante el análisis de los derechos fundamentales, porque la materia que se aborda está íntimamente vinculado con el tema de familia y el Estado protege a la familia de conformidad al artículo 4° de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, la esencia de la norma es resguardar los derechos inherentes a la parte más afectada con el proceso de divorcio, lo cual debe ser analizado conforme a la Constitución y los tratados internacionales del cual el Perú es parte.

Igualmente, el magistrado superior refiere que las resoluciones judiciales de primera instancia no son apeladas, lo cual les permite colegir al colegiado que las partes procesales están conformes con el fallo de la primera instancia; por tanto, en pro del principio de celeridad procesal se aprueban las resoluciones judiciales de primera instancia. Si bien es cierto, las partes no solicitan la indemnización, porque su principal objetivo es poner término al vínculo matrimonial, esto es, regularizar una situación

fáctica de hecho, pero también es cierto, que la Constitución protege la integridad de los derechos fundamentales y su interpretación debe ser holística, con la finalidad de alcanzar la paz social, concretamente el bienestar de la persona.

Ahora bien, el artículo 138° de la Constitución Política del Estado prescribe: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, lo cual es concordante con el artículo 51° del mismo precepto Constitucional. En ese sentido, se colige que el superior en grado debe plantearse la búsqueda de justicia y la paz social; por lo tanto, por más que no se haya solicitado expresamente la indemnización, por más que la primera instancia no haya otorgado la indemnización correspondiente y por más que el abogado de las partes no haya cuestionado expresamente dicho extremo, lo cierto es que existe un mandato Constitucional y legal, incluso existe un deber ético para analizar el tema de la indemnización con enfoque Constitucional.

En sintonía con lo dicho líneas arriba, otros entrevistados coinciden en lo siguiente:

“No solamente es la cuarta disposición final de la Constitución, sino también es el artículo 55° y artículo 3° de la Constitución que dice, no solamente, son eso los derechos fundamentales, porque el artículo 3° es “*numerus apertus*” y los derechos fundamentales lo vamos a encontrar en todo el contexto de la Constitución y la interpretación de la Constitución tiene que ser una interpretación holística, integral, no puedo separar, un artículo de otro, todos tienen concordancia, todos tienen relación, por eso creo que la exigencia a los jueces es válida, desde el punto de vista constitucional para que se pronuncien al respecto” (Constitucionalista 2).

Que, “el principio de unidad de la Constitución se refiere a que la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12. A, 08/11/2005). En armonía con lo expresado por el máximo intérprete de la Constitución, queda claro que el deber del Estado constitucional es garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 44° de la Carta Magna: “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...) y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. Entonces, la interpretación Constitucional en la administración de justicia debe ser de manera holística.

En síntesis, hasta esta parte, podemos manifestar que existen suficientes evidencias, generadas por las guías de revisión documental, la encuesta y la entrevista que nos permiten sostener que **las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho deben cumplir con garantizar el derecho fundamental a la debida motivación**. Asimismo, se observa que esta es una realidad que no se cumple y frente a la cual deben replantearse la administración de justicia.

Por otro lado, en la **segunda hipótesis específica** sostenemos que **“Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018”**.

Con relación a ello, debemos tomar en consideración que queda evidenciada una realidad concreta por medio de la guía de revisión documental, la encuesta y el desarrollo de la entrevista, esta situación

demuestra la existencia de sentencias de vista que incumplen con la obligación Constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente y fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. Al respecto, uno de los entrevistados, manifiesta que:

“De ahí el carácter tuitivo del juez de familia, digamos, se evidencia rasgos, algunos detalles, él va a tener que emitir un pronunciamiento, porque sí, yo he visto casos en el cual vemos que la misma cónyuge en la demanda solo está pidiendo expresamente el divorcio y no quiere indemnización. Entonces, bajo esa lógica no hay indemnización, o sea, sino hay argumentos y medios de prueba, el juez tampoco va generar hechos, porque eso no puede hacerlo, entonces, es verdad que debe haber un pronunciamiento de esta indemnización, pero tampoco eso implica, cuando dice de oficio, no es que el juez vaya a crear hechos, eso no se puede hacer, siempre hay sus limitantes” (Asistente de magistrado superior).

Si bien el asistente hace referencia a que las partes no solicitan expresamente la indemnización para el cónyuge perjudicado; en consecuencia, no hay argumentos y medios probatorios para sustentar dicho extremo, pero resalta el hecho de que el magistrado debe emitir pronunciamiento al respecto, basándose en lo que han argumentado y ofrecido como medios probatorios las partes procesales.

“Sí, porque sería un cumplimiento de la norma que establece eso, pero siempre en cuando, se desprenda la indemnización de sus fundamentos de hecho, porque el Tercer Pleno Casatorio Civil lo exige, el examen proviene de lo que la parte dice, si la parte no dice nada, no puedo inventar los hechos, la parte tiene que proporcionar hechos (...) entonces el juez está en la obligación de pronunciarse, señalar como punto controvertido, ya que va ser materia de examen, entonces el juez va a poder actuar pruebas y exigir más, si corresponde; por ende está obligado a pronunciarse en la sentencia,

esto es conforme a ley. En las pruebas es distinto, si se va pronunciar de oficio, de oficio también puede pedir pruebas de oficio” (Especialista de juzgado).

Como se puede evidenciar tanto en el primer y segundo extracto de las entrevistas, el magistrado que expide la resolución judicial del divorcio por la causal de separación de hecho, se encuentra en la obligación legal de analizar de oficio el tema de la indemnización, lo cual se condice con nuestra investigación. Siendo así, resulta primordial conocer esta realidad problemática a efectos de evidenciar qué elementos deben mejorar en nuestro sistema de justicia. Con respecto a la protección constitucional y legal de la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, se refiere:

“Yo creo que también es de carácter constitucional, porque esta indemnización busca equiparar el desequilibrio en que ha quedado la familia que ha sido abandonada por el cónyuge; entonces si la Constitución protege a la familia que es la regla de la Constitución, entonces esta protección tiene que ser a favor de la familia abandonada, en una situación de desprotección. Lo que sucede es que la norma que está previsto en el artículo 345-A del Código Civil, tal como está es muy genérica, no detalla (...)” (Magistrado superior).

De este extracto, se pueden desprender tres aspectos esenciales: primero, la protección constitucional de la familia; segundo, la indemnización persigue equiparar un desequilibrio de índole familiar; tercero, el carácter genérico del artículo 345-A del Código Civil. Ahora bien, con relación al primer aspecto, se debe señalar que efectivamente la materia de familia goza de protección constitucional, previsto en el artículo 4° de la Carta Magna; en efecto, los operadores jurídicos brindan atención especial, por ser un tema sensible, porque usualmente involucra a menores de edad, justamente, esa es una de las situaciones particulares que genera el

desequilibrio y es uno de los criterios para identificar al cónyuge perjudicado. Asimismo, aunque el vínculo matrimonial termina con el divorcio, los deberes y responsabilidades con respecto a la familia persisten conforme a la Constitución. Con respecto al segundo aspecto, de conformidad al Tercer Pleno Casatorio Civil, realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ha declarado como precedente judicial vinculante la regla 6 del modo siguiente: “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” (Casación 4664-2010-Puno). Siendo así, la indemnización goza también de un amparo Constitucional, toda vez que su fundamento son los principios de equidad y solidaridad familiar. Finalmente, con respecto al tercer aspecto, resulta necesario indicar que efectivamente es carácter genérico el artículo 345-A del Código Civil; justamente por esa razón se dio lugar al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno) que precisa los criterios o parámetros para identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado.

“(…) que no está tipificada de manera muy precisa y esto ocurre mucho con el tema del famoso *criterio de consciencia de los jueces*, la ley no te dice, cómo tú aplicas el criterio de consciencia... la sana crítica... y ese tipo de aspectos, que bueno... el día hoy ha sido suplido, de alguna manera, porque no todos lo están comprendiendo de esta manera, con la famosa argumentación jurídica y que a la vez va de la mano con la interpretación Constitucional” (Constitucionalista 1).

Como se puede colegir del primer y segundo extracto de las entrevistas, el análisis y examen de la indemnización con respecto al

cónyuge perjudicado goza de un amparo constitucional y legal, cuyo cumplimiento permite efectivizar los principios de “equidad y la solidaridad familiar”.

En síntesis, hasta este punto, podemos manifestar que existen suficientes evidencias, generadas por las guías de revisión documental, la encuesta y la entrevista que nos permiten sostener que las sentencias de vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deben cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. De la misma forma, se aprecia que esta es una realidad que no se cumple; en consecuencia, resulta oportuno replantear la administración de justicia con relación a dicho extremo.

Asimismo, el desarrollo de las entrevistas conllevó a la generación de **variables emergentes**, entre las cuales es importante destacar la existencia de una indebida motivación que perjudica de manera particular a las mujeres, además de perjudicar a los hijos y al círculo familiar. De la misma manera, se evidenció la afectación de estos derechos y la presencia de perjuicios y vulneraciones múltiples.

En ese sentido, con respecto a la variable emergente, la existencia de una indebida motivación perjudica de manera particular a las mujeres y los hijos menores de edad; esto es, la vulneración al derecho fundamental a la debida motivación presenta un mayor nivel de afectación a las mujeres y niños respecto a los varones, situación evidenciada a partir del desarrollo de las entrevistas. Al respecto, uno de los entrevistados, manifiesta que

“Las condiciones de uno de los cónyuges, digamos, que generalmente es en relación a la mujer, digamos: es ama de casa, toda su vida ha estado dedicada al cuidado del esposo y la familia, como consecuencia de esa labor que ella ha efectuado, al existir este divorcio, por ejemplo, usualmente, el varón se ha desarrollado, tiene

una profesión o tiene una actividad o un oficio. Aquí, nosotros, en el caso de la señora que se divorcia, como se ha dedicado, digamos, a tiempo completo, a las labores domésticas, hay un perjuicio, es evidente que hay un perjuicio. Es evidente que no se le puede dejar en desamparo, pero es ahí donde se tiene que hacer una diferenciación” (Asistente Judicial de magistrado).

De este extracto, se puede desprender dos dimensiones primordiales: primero, la dedicación de la mujer al hogar de manera exclusiva y segundo, la mujer ha suspendido su desarrollo profesional y laboral. De los cuales, se colige que la mujer se ha encargado de desarrollar labores domésticas como consecuencia de ello, ha dejado de crecer y avanzar en el ámbito profesional y laboral, prácticamente ha renunciado su desarrollo profesional en pro de la familia, entonces al terminar el vínculo matrimonial, incluso antes; esto es, “perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda y perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida” (Tercer Pleno Casatorio Civil, Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 63); en ese sentido, se evidencia claramente un cónyuge afectado y ese cónyuge usualmente es la mujer, entonces al no otorgar la indemnización, se vulneran sus derechos.

“Yo pienso que el Código Civil debe modificarse, en el sentido, de que el cónyuge responsable debe estar obligado a dar pensión de alimentos a la esposa, al esposo, si fuera el caso, hasta que esa cónyuge o ese cónyuge vuelva a contraer matrimonio, porque como en este caso, recibe pensión para los hijos y los hijos ya son adultos, se corta esa pensión, la mujer se queda en el aire, pero es quién cuidó a los hijos. Hay muchas situaciones de desventaja que el Código Civil que tendría que corregirse (...)” (Magistrado Superior).

Ahora bien, tomando en consideración lo señalado por el magistrado superior, se infiere que en el divorcio por la causal de separación de hecho indistintamente cualquiera de los consortes podría ser afectado. Sin embargo, se pone énfasis en señalar que la parte que cuida a los hijos suele ser la mujer, si bien se les otorga a los menores de edad la pensión de alimentos, pero una vez que ellos cumplen mayoría de edad dicho beneficio termina; en consecuencia, la mujer queda en una situación de desamparo y desventaja; en efecto, se sugiere replantear el Código Civil a efectos de equilibrar situaciones concretas de desventaja entre los cónyuges.

En sintonía con lo dicho líneas arriba, otros entrevistados coinciden en lo siguiente:

“Sí, tengo conocimiento, a nivel de mi trabajo y la institución he tenido consultas, por parte de las afectadas justamente por la preocupación de que en las sentencias no se establecía la indemnización, desconocían si es que esto, habría que solicitar en la demanda o era de oficio, eso era la duda, eso era la consulta (...). Es para todos, el núcleo familiar, cuando se quiebra, la afectación se da en muchos sentidos, no solo es la pena, la tristeza, el dolor, el desengaño, la parte psicológica; sino es la consecuencia a futuro de lo que significa una separación... y eso significa (valga la redundancia) de que, si hay hijos, su producción intelectual en el colegio, su desarrollo evolutivo, la ausencia de uno de los padres, sí hay una afectación a futuro” (constitucionalista 1).

“Yo a nadie le deseo, que sufra el calvario de procesos judiciales, más aún el calvario de procesos de alimentos y tenencia, porque no solamente es una afectación de índole patrimonial, sino es una afectación de índole emocional, psicológica, no solamente involucra a las dos personas, sino involucra a la familia en su conjunto, cuando digo en su conjunto, no solamente son los hijos, que es la prioridad por mandato de la Constitución, la protección al niño y al

adolescente, sino a todo el entorno, entonces esos hechos que son contrastables que son materialmente demostrados, no pueden ser obviados por el juez” (Constitucionalista 2).

Ahora bien, de los dos extractos de la entrevista de los constitucionalistas se colige que, en el divorcio por la causal de separación de hecho, no solamente hay un cónyuge perjudicado, sino que la afectación también se da a nivel del entorno familiar, específicamente los hijos de menores edad, quienes tienen que lidiar con una serie de situaciones y esto surte un impacto negativo en lo académico, psicológico y social. Asimismo, sostienen que la parte afectada enfrenta y asume frente al otro cónyuge una serie de responsabilidades, así como, las demandas de alimentos y tenencia con relación a los hijos; aunado a ello, el impacto psicológico y económico trasciende de lo personal a familiar. En ese contexto, dichas particularidades deben ser advertidas por los magistrados al momento de resolver cada caso concreto, con la finalidad de tutelar sus derechos. Entonces la motivación indebida evidenciada en las sentencias de vista con respecto a la indemnización perjudica a la mujer y a los hijos menores de edad.

En síntesis, en virtud de lo señalado por los entrevistados, podemos sostener que existe vulneración de los derechos de la mujer en caso de ser la cónyuge afectada y los derechos de los menores, contraviniendo el principio de interés superior del niño y del adolescente, previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, cuando no se motiva debidamente el extremo de la indemnización.

Ahora, con relación a la otra variable emergente, **la presencia de perjuicios y vulneraciones múltiples**, especificados en perjuicio más allá de lo patrimonial y la vulneración de derechos fundamentales más allá de la debida motivación, se postula que:

“Desde mi punto de vista, es un perjuicio moral, definitivamente, lo tengo claro, porque es a nivel constitucional; pero también hay que tener presente que, en la práctica judicial, el perjuicio se ha

relacionado mucho con la parte patrimonial, daño, el famoso daño, ¿no? Ahí creo que debe darse una modificatoria legal, para aclarar eso, si la norma lo señala no sería razonable no considerarlo. Podría caer, en nulidad posterior, podría ser impugnado incluso (...)" (constitucionalista 1).

De lo señalado, se colige que la protección al cónyuge perjudicado goza de amparo constitucional y legal por cuanto el perjuicio es de carácter moral en el divorcio por la causal de separación, superándose una perspectiva estrictamente económica y patrimonial del daño. Asimismo, otro de los entrevistados, indica:

"Si podríamos calificar en una medida total, parcial. Yo diría que sería total, definitivamente, el hecho que no consideres, lo que señala la ley y teniendo la obligación de hacerlo, yo creo que genera más perjuicio, inclusive, ¿no? Ahora, yo agregaría a tu pregunta, no solamente, es la debida motivación, o sea, la consecuencia de no cumplir la motivación, violaría el derecho a la familia, a la dignidad, incluso el derecho de tutela a los hijos, porque se presupone que esa indemnización, va ir en beneficio de la familia que queda" (constitucionalista 1).

Desde el punto de vista del entrevistado, el incumplimiento de la debida motivación no solo transgrede el mandato constitucional al no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado, sino también vulnera otros derechos fundamentales, así como el derecho a la protección de la familia, el derecho a la dignidad y el derecho de tutela a los hijos; precisando que la indemnización otorgada en alguna medida apacigua las consecuencias negativas de la familia que queda después del divorcio.

"Yo ahí sí tendría que ser muy cauto, en relación a la vulneración de los derechos, porque esta se tiene que materializar, pero si partimos de la premisa de que ese hecho del divorcio ha producido en una de las partes, ha producido un daño, ha producido un menoscabo en su

personalidad, entonces estamos hablando ya de tutelar a la persona como tal, de sus derechos fundamentales, de su proyecto de vida. El artículo 1° de la Constitución nos dice que el fin supremo de la sociedad es precisamente la persona y su dignidad. Si nosotros tenemos en consideración esos elementos, concordante con el artículo 4° de la Constitución que habla de la protección de la familia y a la persona más débil, entonces yo creo que sí merecería y sería una reflexión de parte de los operadores del derecho respecto a esta aplicación, porque si su decisión es no amparar, no aplicar de oficio, tendrían que hacer aquí un juicio de ponderación. (...) una ponderación hasta qué punto esa no aplicación de oficio vulnera derechos fundamentales” (constitucionalista 2).

A su turno, el constitucionalista 2 refiere que, al haberse evidenciado y materializado la vulneración de los derechos en el divorcio por la causal de separación de hecho, lo cual conlleva a salvaguardar los derechos fundamentales de la persona en virtud del artículo 1° y artículo 4° de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, los operadores del derecho deben aplicar el principio de ponderación a fin de proteger la familia, la dignidad de la persona y a la parte más débil.

Así, los dos últimos extractos, nos permiten sostener que no solamente se vulnera el derecho fundamental a la debida motivación, sino también se contraviene los derechos relacionados con la protección de la familia, la dignidad y a la parte más vulnerable cuando no se identifica e indemniza de oficio al cónyuge perjudicado, cuya situación particular se evidencia en las sentencias de vista analizadas.

A partir de lo expuesto, podemos colegir que existen evidencias que nos permiten sostener que hay una clara vulneración de los derechos de la mujer en lo que respecta a la no identificación del cónyuge perjudicado y la vulneración fundamental a la debida motivación. Asimismo, esto alcanza a la familia y perjudica de manera particular a los menores de edad. De la

misma manera, se evidencia que los perjuicios trascienden el daño patrimonial y económico.

En vista de las evidencias generadas a partir de los diversos instrumentos desarrollados en esta investigación (guía de revisión documental, encuestas y entrevistas), inferimos que se encuentran diversos indicios que comprueban nuestros planteamientos e hipótesis, los mismos que serán abordados más adelante.

4.4. PRUEBA ESTADÍSTICA

Nuestra prueba estadística se propone comprobar la hipótesis que **las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho y que incumplen la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la debida motivación**; lo cual, en vista de la información estadística generada por la guía de revisión documental, ha podido probarse de la siguiente manera.

Del análisis documental, argumentativo y dogmático de las sentencias de vista, se prueba que las 24 sentencias de vista analizadas, vulneran en medida total el derecho fundamental a la debida motivación, porque cada una de dichas resoluciones judiciales carecen de coherencia entre la fundamentación jurídica y la fundamentación fáctica, incluso se omite valorar los medios probatorios; siendo así, se observa motivación insuficiente, inexistencia de motivación o motivación aparente y motivación sustancialmente incongruente, respectivamente. Asimismo, se aprecia que, en las 24 sentencias de vista, no se fija indemnización de oficio a favor del cónyuge perjudicado, a pesar de haberse declarado fundado el divorcio por la causal de separación de hecho.

Nuestra guía de revisión documental, argumentativo y dogmático, el ítem 27 daba cuenta de la frecuencia estadística de aquellas sentencias que no otorgaban de oficio indemnización al cónyuge perjudicado. Asimismo, el ítem 28 refería a la frecuencia estadística del nivel de indebida motivación de las sentencias de vista, de manera específica en el ítem 28A y 28D.

4.5. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS (DISCUSIÓN) Y LOGRO DE OBJETIVOS

En nuestro planteamiento de investigación desarrollamos tres hipótesis: una general y dos específicas. Para esta presentación empezaremos con las específicas y continuaremos con la general.

Nuestra primera hipótesis específica planteaba que **“Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con garantizar el derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018”**.

Así, la guía de revisión documental, argumentativo y dogmático ha comprobado que las sentencias de vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por la causal de separación de hecho vulneran en alta medida el derecho fundamental a la debida motivación, por lo que estas deben cumplir con este derecho fundamental. Así mismo, las encuestas dirigidas a profesionales del derecho, dan cuenta que 8 de cada 10 encuestados coincide que se vulneran derechos fundamentales a este respecto, por lo que se fortalece nuestro planteamiento hipotético que las sentencias de vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por la causal de separación de hecho, deben cumplir con el derecho fundamental a la debida motivación. Finalmente, las entrevistas nos permiten comprobar esta situación, pero además profundizar en la misma, tal como se ha detallado en el acápite anterior.

Nuestra segunda hipótesis específica planteaba que **“Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018”**.

La guía de revisión documental, argumentativo y dogmático, tal como se ha expuesto detalladamente en la sección de resultados, da cuenta que las sentencias de vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por la causal de separación de hecho presentan en su mayoría una fundamentación jurídica; sin embargo, presentan una débil fundamentación fáctica generando “inexistencia de motivación o motivación aparente” y “motivación insuficiente”, en consonancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 728-2008-PHC/TC. Por lo que se comprueba nuestro planteamiento de hipótesis específica.

En cuanto al cuestionario, 9 de cada 10 encuestados, conoce que las sentencias de vista deben cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado; sin embargo, más de 50% de los encuestados tienen conocimientos que las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que confirman o aprueban el divorcio por causal de separación de hecho incumplen su obligación constitucional de motivarlas debidamente y su obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, tal como se ha analizado detalladamente en la sección de resultados. Finalmente, las entrevistas generan evidencia cualitativa que nos permiten corroborar y profundizar esta situación, tal como se detalla en las secciones precedentes.

Finalmente, nuestra hipótesis general plantea que **“Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulneran totalmente el**

derecho fundamental a la debida motivación, al incumplir la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018”. Por lo que habiéndose validado empíricamente la primera y segunda hipótesis específica, se valida de manera lógica nuestra hipótesis general.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

PRIMERA.-

Se demostró que las Sentencias de Vista de las Salas Superiores Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulneran en medida total el derecho fundamental a la debida motivación del cónyuge perjudicado, al incumplir el juzgador su obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, porque no hay equilibrio argumentativo entre valoración de los medios probatorios, fundamentación jurídica y fundamentación fáctica.

SEGUNDA.-

Se demostró que las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total incumplen con garantizar el derecho fundamental a la debida motivación en el divorcio por la causal de separación en relación a la identificación e indemnización al cónyuge perjudicado.

TERCERA .-

Se demostró que las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, incumplen en medida total con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.

5.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA.-

Se debe promover capacitaciones para los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Tacna con la finalidad de poder identificar al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, otorgar indemnización, toda vez que “(...) los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado, así como la de sus hijos (...); aun si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad” (Casación N° 4664-2010 – Puno).

SEGUNDA.-

Se debe promover la difusión del Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010 – Puno), que aborda, entre otros, la indemnización de oficio al cónyuge perjudicado en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho de fecha dieciocho de marzo del dos mil once, la misma que establece las circunstancias o criterios a tomar en cuenta para identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho. La difusión debe estar dirigida a los magistrados, profesionales del derecho y estudiantes del pregrado y postgrado del derecho de la región Tacna.

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE MODIFICA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 345°- A DEL CÓDIGO CIVIL”.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que, “el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose a la protección a la familia y al matrimonio. Las normas jurídicas referidas a la familia contenidas tanto en el Código de los niños y adolescentes, como en el Código Civil y el Código Procesal Civil, están referidas a los deberes, derechos y obligaciones derivadas de las relaciones familiares, acogiendo a principios como el de socialización, igualdad, e interés superior del niño” (Casación N° 4664-2010–Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil).

En la actualidad, las cifras de divorcios aumentan, advirtiéndose situaciones en los que en ciertas ciudades y países se superan las cuotas de divorcios a las de matrimonios. Lo cual indudablemente refleja la desintegración familiar que es “la célula básica de la sociedad”, conforme a la Constitución Política del Perú. Justamente, esta desintegración genera un impacto a los integrantes de la familia, usualmente, en cuanto a los cónyuges, uno de ellos resulta más perjudicado o afectado; situación concreta que hace imperativo identificar e individualizar al cónyuge perjudicado en el proceso del divorcio por la causal de separación de hecho a quien el sistema jurídico le brinda amparo constitucional y legal tuitiva.

El divorcio es un tema álgido que repercute al Estado en relación a la situación futura de sus integrantes, lo que amerita promover mecanismos legales para brindar protección a los más vulnerables de dicha desintegración, esto es, cónyuge perjudicado y niños, lo cual requiere especial atención y

protección, así, que los magistrados deberían analizar la materia de manera razonable cada caso concreto y resolver conforme a las normas previstas, siempre dando un enfoque constitucional e integral por ser un tema de carácter familiar, no dejando de lado, la facultad tuitiva y flexibilidad de los principios en los procesos de familia, caso contrario, se estaría vulnerando la seguridad jurídica.

De conformidad, al artículo 4° de la Constitución Política del Perú y el artículo 345°-A del Código Civil, concordante con lo prescrito en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno) se insta a identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, previsto en el inciso 12 del artículo 333° del Código Civil; sin embargo, los magistrados soslayan dicho extremo de la pretensión explícita o implícita, evidenciándose una clara vulneración a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pese a tener facultad tuitiva con relación a dicho extremo.

El artículo 345°-A del Código Civil fue introducida al Código Civil mediante la Ley N° 27495, publicada el siete de julio de dos mil uno. Se ha previsto en el segundo párrafo del artículo aludido que, en los procesos sobre divorcio por la causal de separación de hecho, *“el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”*; en efecto, existe una obligación Constitucional y legal implícito de identificar e indemnizar al cónyuge perjudicado, en ese sentido, a pedido de parte o de oficio, se debe señalar una indemnización por daños; no obstante, en la práctica jurídica no se identifica e indemniza al cónyuge perjudicado; motivo por el cual, resulta necesario adicionar al segundo párrafo del artículo 345°-A del Código Civil, los términos *“de oficio, de ser el caso”*, con la finalidad de brindar protección al

cónyuge que resulte más perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho. Toda vez que el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación N° 4664-2010-Puno), ha declarado como precedente judicial vinculante la siguiente regla: *“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 circunstancia relevantes”*; lo cual constituye un antecedente para la propuesta normativa en cuestión.

Al no identificarse al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, se vulnera el derecho de la parte más perjudicada; en consecuencia, no se cumple con la función protectora prevista en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú y la esencia del artículo 345°-A del Código Civil.

Por lo que el motivo de la presente, es MODIFICAR EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 345°-A DEL CÓDIGO CIVIL.

OBJETO DE LA NORMA

La presente Ley brinda protección al cónyuge que resulte más perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho, tiene como finalidad identificar y otorgar indemnización a dicho cónyuge.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO:

Esta propuesta no irrogará gasto alguno al Estado, pues el único efecto es el cumplimiento de la norma, promueve la protección al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho.

- **BENEFICIO:** Lograr un equilibrio en el entorno familiar, tomando en consideración que “la indemnización se funda en la equidad y la solidaridad conyugal” de conformidad al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación 4664-2010, Puno).

- **COSTO:** La presente Ley no irroga gastos al Estado.

EFFECTOS EN LA LEGISLACIÓN

Con el presente Proyecto no se crea un nuevo marco jurídico, sino que la finalidad es modificar una norma a fin de solucionar una problemática existente, esto es, permitirá identificar e indemnizar de oficio, de ser el caso, al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación de hecho.

II. “LEY QUE MODIFICA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 345°-A DEL CÓDIGO CIVIL”.

ARTÍCULO 1.- Modifíquese el segundo párrafo del artículo 345°-A del Código Civil; el cual queda redactado del modo siguiente:

(...)

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MEDIOS MATERIALES

- ABRAMOVICH, Víctor y CURTIS, Christian (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles, editorial Trotta, Madrid.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2018). Causales de separación y divorcio, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010). El derecho de familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Legales, Lima.
- ALEJANDRA DÉBORA (2008). El daño y su cuantificación judicial, primera edición, Buenos Aires, editorial Abeledo-Parrot.
- ALFARO VALVERDE, Luis (2011). La indemnización en la separación de hecho, Análisis del Formante Jurisprudencial y Doctrinal, editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima.
- ALONSO OLEA, Manuel y otra (2001). Derecho del trabajo, edición diecinueve, Civitas.
- ALEXY, Robert (1996). Para un análisis más cercano de la relación entre el concepto de “principio” y el de “valor”, véase, Theorie der Grundrechte, tercera edición, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.

- ALEXY, Robert (2012). Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2008). Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional, Lima – Perú.
- ANÍBAL QUIROGA León (mayo, 1985). la interpretacion constitucional, Madrid-España.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (1997). Exegesis, del Código Civil de 1984, Derecho de Familia, Tomo VII, Gaceta Jurídica Editores, edición, Lima.
- ASPIRI, Jorge O. (2000). Derecho de Familia, editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires-Argentina.
- ATIENZA, Manuel (2013). Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (1991). Las razones del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- BEDÓN QUILLAS, Christian Alfredo. HUALLPA BUENO, Brenda Yurassi (2018). Tesis: Análisis De Los Efectos Jurídicos Del Divorcio Por Causal De Separación De Hecho En El Código Civil, Huaraz, 2017; Universidad César Vallejo-Escuela Profesional de Derecho.
- BERMÚDEZ VALDIVIA Violeta (s/f). “Régimen Constitucional de la Familia.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). “La Constitución de 1993: Análisis comparado”, Editorial ICS, Lima.
- BOBBIO, Norberto (1965). El Problema del Positivismo Jurídico, Traducción de E. Garzón Valdez, Buenos Aires-Argentina.
- BOBBIO, Norberto (1999). Teoría General del Derecho, 3ra. Reimpresión de la 2da Edición, Ed. Temis, Sta. Fé de Bogotá, Colombia
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999). Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías, Madrid, Trotta.
- BOSSERT, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A. (1996). Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, Cuarta edición.
- BORDA, Guillermo A. (2008). Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo I, 10ª edición, La Ley, Buenos Aires-Argentina.

- CABANELLAS, Guillermo (1998). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, quinta edición, actualizada, corregida y amentada, Buenos Aires.
- CABELLO, Carmen Julia (1999). Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Editorial Pontificia Universidad Católica Del Perú, segunda edición, Lima.
- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia (2003). Comentario inc. 12 art. 333 del Código Civil Comentado, Tomo II, Gaceta Jurídica.
- CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2014). “La familia Ensamblada en el Perú. Superando el vacío legal”, primera Edición. Lima-Perú.
- CAMACHO, Hermelinda (2000). Enfoques Epistemológicos y Secuencias Operativas de Investigación; Universidad Rafael Bellosillo Chacín.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor (2017). Apuntes sobre la certeza y la prueba del daño. Actualidad Jurídica. Lima, N° 246, Consulta: 08 de marzo del 2017.
- CARPIO MARCOS, EDGAR (2004). La interpretación de los derechos fundamentales, Palestra editores, Lima.
- CARRUITERO LECCA, Francisco y SOZA MESTA, Hugo (2003). Medios de defensa de los derechos humanos en el Sistema Internacional, Jurista Editores, Lima.
- CHAMORORO BERNAL, Francisco (1994). La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona.
- CHIABRA VALERA, María Cristina (S/F). El Debido proceso legal y la Tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (2003). “La motivación de las sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales”. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1987). Derecho familiar peruano. 6ª edición, Tomo I, Studium, Lima.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2005). Derecho y Derechos de la Familia, Editorial Grijley, primera edición
- COUTURE, Eduardo (S/F). Fundamentos del Derecho Procesal Civil, editorial Palma, Buenos Aires.

- DE VALDIVIA CANO, Ramiro (marzo 2017). La tutela judicial efectiva y las demandas frívolas, Poder Judicial del Perú, Lima.
- DÍAZ VALDIVIA, Héctor (1998). Derecho de Familia, décima edición.
- DIEZ PICAZO, Luis y GUILLON, Antonio (2001). Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones, séptima edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- DURAND PIMENTEL (S/F). Medios impugnatorios; Lima – Perú.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2013). Derecho de la Responsabilidad Civil. Séptima Edición. Lima: Rhodas.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco (2000). Iura Novit Curia y aplicación judicial del Derecho. Editorial Lex Nova. Valladolid.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2014). La dimensión omnicomprendiva del daño no patrimonial”. En: V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial. Lima: IUS ET VERITAS.
- FERRER, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En M. Carbonell & P. Salazar (Coords.). La reforma constitucional de derechos humanos; un nuevo paradigma (P. 339-430). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México & Universidad Nacional Autónoma de México.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2014). El derecho a la Debida Motivación, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima.
- FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz y otros (2011). Los medios impugnatorios en el proceso civil, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima.
- GACETA JURÍDICA (2015). Manual del Proceso Civil, Todas las Figuras Procesales a Través de sus Fuentes Doctrinarias y Jurisprudenciales, Primera Edición, Lima.
- GACETA JURÍDICA (2012). Jurisprudencia Sobre Derecho de Familia, Primera Edición, Lima.

- GACETA JURÍDICA (2011). Jurisprudencia Civil de la Corte Superior (2006-2008), últimos precedentes en materia civil, procesal civil y comercial, Primera Edición, Lima.
- GACETA JURÍDICA (2009). Casuística Jurisprudencia Civil, Primera Edición, Lima.
- GACETA JURÍDICA (2007). Código Civil Comentado, Tomo II-Derecho de Familia (primera Parte), Primera Edición, Lima.
- GACETA JURÍDICA (2007). Código Civil en su Jurisprudencial, Sentencias Vinculadas con los Artículos y Figuras Jurídicas del Código Civil, Primera Edición, Lima.
- GACETA JURÍDICA (2011). Diálogo con la Jurisprudencia N° 153, primera edición, Lima.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín (1991). La cláusula general de igualdad, Derecho Constitucional, Valencia.
- GARCÍA TOMA, Víctor (2005). El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas), Anuario de Derecho Penal.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alonso (2003). La argumentación en el derecho. algunas cuestiones fundamentales, Palestra Editores, Lima.
- GUASTINI, Riccardo (1999). Estudios sobre la interpretación jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México.
- GUASTINI, Riccardo (2001). Principios de derecho y discrecionalidad judicial, en: Estudios de Teoría Constitucional, UNAM-Fontamara, México.
- GUASTINI, Riccardo (2006). Estudios sobre interpretación jurídica, editorial Porrúa, México.
- HAWIE LORA, Illian Milagros (2015). Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (S/F). Derechos Fundamentales.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000). “Código Procesal Civil”. Lima. Editorial San Marcos. Edición 2000.

- ITURRALDE DE SESMA, Victoria (2003). *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2017). *La Nulidad de las sentencias por falta de motivación: Criterios recientes por falta de motivación*. Primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A.
- LACRUZ BERDEJO, José (2004). *Derecho de Familia*, ed. Bosch, Barcelona, 1989-1990, pp. 211 y ss y RIVERO DE ARHANCET, Mabel; RAMOS CABANELLAS, Beatriz; MORALES FIGUEREDO, Verónica, *Derecho y Familia*, ed. F.C.U, Montevideo, 2004, P. 278.
- LANDA, Cesar (2002). *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima.
- LARENZ, K. (2001). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Segunda edición. Barcelona: Ariel.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015). *Comentarios al código Procesal Civil-Tomo II*, Gaceta Jurídica, Quinta edición, Lima.
- LEÓN HILARIO, Leysser (2007). *La responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y Perspectivas*. Segunda Edición. Lima: Jurista.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M. (2003). “El Procedimiento ante los Organismos Autónomos Protectores de los Derechos Humanos”, en la obra *Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), 4ª edición, Tomo II, Ed. Porrúa, Colegio de Secretarios de la SCJN, A.C., México.
- MAZZINGHI, Jorge; *Derecho de Familia*, t.3, ed. Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1995-1998, pp.159 y 160 (En la legislación argentina).
- SAVATIER, René, *El realismo y el idealismo en el derecho civil de hoy*, t.1, Ed. Biblioteca General de la ley y la jurisprudencia, Paris, 1950, p.75 (En la legislación francesa).
- MIRANDA CANALES, Manuel (S/F). *Nuevas Causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporado por la ley 27495*.

- NAVARRO, P. E., y J. J. MORESO (1997). *The dynamics of legal Positivism. Ratio Iuris*
- PADRÓN, J. (1998). *La estructura de los procesos de investigación. U.S.R. Decanato de Postgrado, Caracas-Venezuela.*
- PANDIELLA MOLINA, Juan Carlos (2015). *DAÑO AL PROYECTO DE VIDA DE LOS MENORES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Católica de Cuyo, Argentina.
- PÉREZ SANTACRUZ, Julio César (s/f). *Derechos Fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2001). *Divorcio*, Lima, Gaceta Jurídica.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2003). *La separación de hecho: ¿Divorcio culpa o divorcio remedio? Análisis y crítica jurisprudencial. Diálogo con la jurisprudencia.*
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. (2001). *Manual de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2009). “Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego”, primera edición. Lima-Perú.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2002). *Manual de Derecho de Familia. Nuevo enfoque del Estudio del Derecho de Familia. 2ª edición*, Gaceta Jurídica, Lima.
- PODER JUDICIAL DEL PERÚ (2012). *Libro de especialización en Derecho de Familia*, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima-Perú.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos Augusto (2006). “*HISTORIA DEL DERECHO CIVIL PERUANO: Siglo XIX y XX – Tomo V*”; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1º edición; Lima.
- ROCHA FAJARDO, Esteban (2018). *Estudio sobre la motivación del acto administrativo cuadernos del tribunal constitucional, número 65*, primera edición, Chile.

- RUBIO CORREA, Marcial (2005). *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, La ley S.A.
- SAVATIER, René (1950). *El realismo y el idealismo en el derecho civil de hoy*, Tomo1, ed. Biblioteca General de la ley y la jurisprudencia, Paris.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, La ley S.A., Jurisprudencia Comentada y Anotada. Gaceta Jurídica.
- SOZA MESTA, Hugo H. (S/F). *Sobre el Concepto De Derecho, La Polémica Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*, Lima.
- SOZA MESTA, Hugo H. (S/F). *Derechos Humanos*, Lima.
- TARUFFO, Michelle (2009). *Páginas sobre Justicia Civil: La motivación de la Sentencia*. Madrid, Barcelona, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- TARUFFO, Michelle (2006). *La motivación de la sentencia civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.
- VALDERRAMA MENDOZA, Santiago (2017). *Pasos para elaborar proyectos de tesis de investigación Científica, Cuantitativa, Cualitativa y Mixta*, Ed. San Marcos, Séptima Reimpresión, Lima.
- VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda (1998). *Derecho de Familia, Tomo I*, Editorial Huallaga.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). *Tratado de Derecho de Familia, Tomo I y II*, primera edición, Lima.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (2001). *La Pensión Compensatoria y la Separación Conyugal y el Divorcio*, Editorial Lex Nova, ed. Valladolid.

MEDIOS VIRTUALES

- CÁCERES NIETO, Enrique (2015). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, volumen 3-Epistemología Jurídica Aplicada, Biblioteca Jurídica Virtual del

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/16.pdf#:~:text=Llegado%20este%20punto%20podemos%20volver,deben%20satisfacer%20los%20procedimientos%20confiables>

CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe (Fecha de consulta: 20 de octubre de 2015). Responsabilidad Civil derivada del Divorcio, Dirección URL: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf

COLLINS SALVADOR BEJARANO (S/F). El divorcio en el Perú, Corporación Peruana de abogados S.A.C., <http://www.divorciosporinternet.com/divorcio-en-peru>

CHANG FERNÁNDEZ, Guillermo (15/03/2018). Breves apuntes sobre el daño moral: la apuesta por su presunción e intentos de cuantificación, Legis.pe, <https://lpderecho.pe/dano-moral-presuncion-cuantificacion/>

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (S/F). El derecho de daños en el umbral de un nuevo milenio. *Justicia y Derecho Social*, Edición electrónica disponible: <http://justiciayderecho.org.pe/revista1/articulos/elderecho.pdf>

FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz Angélica (s/f). La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho, fecha de consulta seis de mayor de dos mil veinte. https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_ARBITRARIA_POR_FALTA_DE_MOTIVACION_EN_LOS_HECHOS_Y_EL_DERECHO.pdf

MIRANDA CANALES, Manuel (S/F). NUEVAS CAUSALES DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DEL DIVORCIO INCORPORADOS POR LA LEY 27495, Consultado en noviembre de 2016. http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-03_nuevas_causales_separacion_cuerpos_210208.pdf

MORALES LUNA, Félix (S/F). Análisis argumentativo de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso PUCP, derecho PUCP, 2942-Texto del artículo-13084-2-10-20170220.

<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/2942-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13084-2-10-20170220.pdf>

PASTRANA ESPINAL, Fiorella (10/03/2017). La clasificación de los daños en la responsabilidad civil. <https://lpderecho.pe/la-clasificacion-de-los-danos-en-la-responsabilidad-civil-2/>

PILLACA HUACLES, FREDDY SERGIO (2012). LA INDEMNIZACION POR DIVORCIO SERA DE OFICIO, consultado el 28 de abril de 2016. <http://dialogoconelderechoyjurisprudencia.blogspot.pe/2012/02/la-indemnizacion-por-divorcio-sera-de.html>

PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (1997). El Código Procesal Civil y los Procesos de Separación de Cuerpos y del Divorcio por Causal, Publicado en Ensayos de Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art43.PDF

PRESTEL ALFONSO, César (S/F). Ética y derecho. los derechos humanos, consultado en fecha treinta de septiembre de dos mil veinte. http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena5/quincena5_contenidos_5.htm

SOLÍS HERNÁNDEZ, Isabel (S/F). El análisis documental como eslabón para la recuperación de información y los servicios. Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe de la Red de Centros Miembros de CLACSO. http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/ar/bibliointra/documentacion/analisis_documental.pdf.

SUNARP-OFICINA GENERAL DE COMUNICACIONES (27 de agosto de 2018). Inscripción de divorcios a nivel nacional creció en 16 departamentos, Santiago de Surco (Lima). Consultado 21 de septiembre de 2020. <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/08/27/inscripcion-de-divorcios-a-nivel-nacional-crecio-en-16-departamentos>

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, (2015). Los métodos en la investigación jurídica, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

REVISTAS

APARICIO AUÑÓN, Eusebio (octubre, 1999). La pensión compensatoria. Revista de Derecho de Familia N° 05.

CABELLO MATAMALA, Carmen Julia (2001). Divorcio ¿remedio en el Perú?, Revista Derecho PUCP, número 54.

CARRASCO DURÁN, Manuel (enero-abril 2020). La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, Uned. Revista de Derecho Político N° 107.

CAVANI, Renzo (2017). ¿Qué es una resolución judicial? Un breve estudio analítico para el derecho procesal civil peruano, Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista Iusetveritas N° 55, Lima.

CORRAL, Hernán (Mayo-Agosto, 1994). Derecho y Familia citado por Carrasco Barraza, Alejandra, “A la sombra de la Torre de Babel a propósito de recientes reflexiones jurídica sobre la familia”, Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile, Volumen 21, N° 2.

DÍAZ GARCÍA, Iván (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012. aprobado el 31 de mayo de 2012. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003

DÍAZ REVORIO, Javier (2008). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. En: *Revista Quid Juris*, Año 3, Volumen N° 6, México: Publicación Trimestral del Tribunal Estatal de Chihuahua.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2001). EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA. Artículo publicado en “Derecho PUC”, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, diciembre de 1996, y en “Revista Jurídica” de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Volumen XXXIV, N° 3, mayo-agosto del 2000. Un extracto del mismo ha sido publicado en el libro “Del daño, compilación y extractos” de José N. Duque Gómez, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral”. Revista de responsabilidad civil y seguros. Año 16, número 5, 2014, P. 5-77.
- FIGUEROA GUTARRA Edwin (septiembre 2014). Frente al trato desigual, El test de igualdad, revista jurídica-suplemento de análisis legal.
- GONZALES OJEDA, Magdiel (septiembre 2017). La interpretación constitucional. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Número 6: Ius Inkarri.
- HAKANSSON-NIETO, Carlos (septiembre 2009). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. una aproximación, Revista DIKAION, Universidad de la Sabana.
- LEÓN PASTOR, Ricardo (mayo 2000). Sobre la Interpretación Jurídica, revista N° 04-Academia de la Magistratura, Repositorio Institucional AMAG, Biblioteca Digital de la Academia de la Magistratura.
- MATERÓN PALACIOS, Solángel (2016). Principios de equidad e igualdad: una perspectiva inclusiva para la atención educativa de las poblaciones con discapacidad en Colombia. Revista Colombiana de Bioética, vol. 11, núm. 1, 2016. Universidad El Bosque. Aprobación: 03 /06/2016. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/1892/189246655008/html/index.html>
- MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pedro (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano, Revista Científica Opinión Jurídica, Volumen 13, N° 26, Universidad de Medellín, Colombia

PRIETO SANCHIS, Luis (setiembre- diciembre 1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. Publicado en Revista del Centro de Estudios Constitucionales.

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS (2008). La doctrina del derecho natural y positivismo jurídico - Hans Kelsen, número 12, Buenos Aires.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (S/F). Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes, consultado 17 de noviembre de 2016. http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/DERECHO_DE_RELACI%C3%93N.pdf.

JURISPRUDENCIA DEL TC PERUANO

“STC N° 1003-1998-AA”

“STC N° 2302-2003-AA/TC, 13/04/2005”

“STC N° 00014-2002-PI/TC”

“STC N° 00218-2002-HC/TC, 03/08/2002”

“STC N° 217-02-HC/TC, 17/04/2002”

“STC N° 3330-2004-AA/TC, 11/08/2005”

“STC N° 0004-2004-AI/TC y acumulados, 21/09/2004”

“STC N° 0045-2004-AI/TC, 31/03/2006”

“STC N° 02465-2004-PA/TC”

“STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, 03/06/2005”

“STC N° 0282-2004-AA/TC, 18/01/2005”

“STC N° 8125-2005-PHC/TC”

“STC N° 1417-2005-PA/TC, 2-4, 12/07/2005”

“STC N° 5854-2005-PA/TC, 08/11/2005”

“STC N° 763-2005-PA/TC, 13/04/2005”

“STC 7289-2005-AA/TC”

“STC N° 06712-2005-PHC”

“STC N° 08123-2005-HC/TC, 15/05/2006”
“STC N° 8125-2005-HC/TC, 25/01/2006”
“STC N° 0030-2005-AI/TC, 10/02/2006”
“STC N° 00027-2006-PI”
“STC N° 09332-2006-PA/TC”
“STC N° 01209-2006-AA/TC”
“STC Nros. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (acumulados), 14/12/2006”
“STC N° 01937-2006-HC/TC, 25/05/2007”
“STC N° 06648-2006-HC/TC, 14/05/2007”
“STC N° 05085-2006-PA/TC, 07/05/2007”
“STC N° 06572-2006-PA, 14/03/08”
“STC 09708-2006-AA/TC”
“STC N° 04729-2007-HC”
“STC N° 4063-2007-PA/TC”
“STC N° 1014-2007-PHC/TC”
“STC N° 728-2008-PHC/TC”
“STC N° 579-2008-PA/TC, 05/06/2008”
“(STC N° 00016-2008-PI/TC”
“STC N° 04809-2009-PA/TC”
“STC N° 02596-2010-PA/TC, 06/12/2010”
“STC N° 02356-2011-PA/TC”
“(STC N° 02467-2012-PA/TC”
“STC N° 02061-2013-PA/TC, 13/08/2014”
“STC N° 00649-2013-PA/TC”
“STC N° 03433-2013-PA/TC”

CASACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

“CASACIÓN N° 3109-1998-CUSCO”
“CASACIÓN N° 3016-99-HUAURA”
“CASACIÓN N° 2239-2001-LIMA, 31/01/2003”
“CASACIÓN N° 2624-2001-CANCHAS-SICUANI, 02/05/2002”
“CASACIÓN N° 1925-2002-AREQUIPA”
“CASACIÓN N° 157-2004-CONO NORTE”
“CASACIÓN N° 784-2005-LIMA”
“CASACIÓN N° 2178-2005-LIMA, 13/03/2007”
“CASACIÓN N° 0049-2006-LIMA”
“CASACIÓN N° 1484-2007-HUAURA”
“CASACIÓN N° 2080-2007-CUSCO, 30/05/2008”
“CASACIÓN N° 1465-2007-CAJAMARCA, 21/04/2008, Primer Pleno Casatorio”
“CASACIÓN N° 4921-2008-LIMA”
“CASACIÓN N° 241-2009-CAJAMARCA, 31/05/2010”
“CASACIÓN N° 1914-2009-LIMA NORTE”
“CASACIÓN 4664-2010-Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil”
“CASACIÓN N° 5060-2011-HUAURA, 14/11/2012”
“CASACIÓN N° 02195-2011-Ucayali”
“CASACIÓN N° 859-2012-Huánuco, 22/10/2013”
“CASACIÓN N° 06715-2012-Cajamarca, 07/12/2012”
“CASACIÓN N° 02402-2012-Lambayeque”
“CASACIÓN N° 288-2012-ICA, 09/07/2013”
“CASACIÓN N° 12168-2013-Lima, 07/08/2014”
“CASACIÓN N° 03750-2014- Del Santa, 02/08/2016”
“(CASACIÓN N° 1218-2016-LIMA NORTE, 30/01/2018”
“CASACIÓN 1238-2017- LORETO, 14/03/2019”
“CASACIÓN N° 2217-2017-LIMA”

“CASACIÓN N° 2940-2017 LIMA”

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN – TESIS

GALLARDO CORDOVA, Cauti del Milagro (2014). La Indemnización del cónyuge Perjudicado en el Proceso De Divorcio por Causal de Separación de Hecho en el Expediente N° 01815-2010-0-2001-Jr-Fc- 01, del Distrito Judicial de Piura – Piura.

GUZMÁNGARCÍA, Jairo José (2002). La naturaleza jurídica del matrimonio- Tesis Doctoral. Universidad de Alcalá-Facultad de Derecho, Alcalá de Henares-España.

INFANTE-ROJAS, Dulce Daniela (2016). Denominada la Familia Ensamblada y Su Protección Constitucional Como Familia Natural, Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Piura.

TORRES ROMO, CARLA ISABEL (2015). La motivación de las sentencias por parte del juzgador en proceso penal y sus efectos jurídicos, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador.

VÁSQUEZ PACHECO, Fernando y Muñoz Rosas, Dione Loayza (2011). “Calidad de la sentencia de divorcio por causales de violencia física y psicológica, y separación de hecho. Expediente N° 2008-01764-FA-1. Primer Juzgado Especializado de Familia de Chimbote. Corte Superior de Justicia del Santa”, Universidad Los Ángeles de Chimbote, Chimbote.

ANEXOS

ANEXO N° 01
TABLAS Y GRÁFICOS

TABLA N° 12

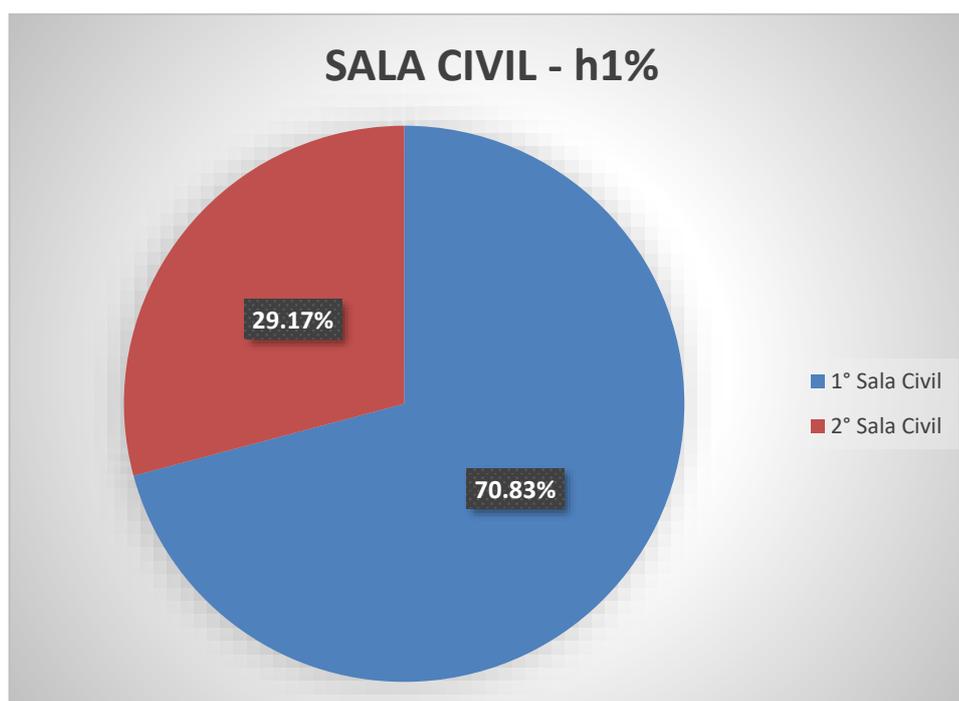
Sala Civil a cargo del proceso

Sala Civil	f1	h1%	F1	H1%
1° Sala Civil	17	70.83%	17	70.83%
2° Sala Civil	7	29.17%	24	100.00%
Total	24	100.00		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 12

Sala Civil a cargo del proceso



FUENTE: TABLA N° 12

TABLA N° 13

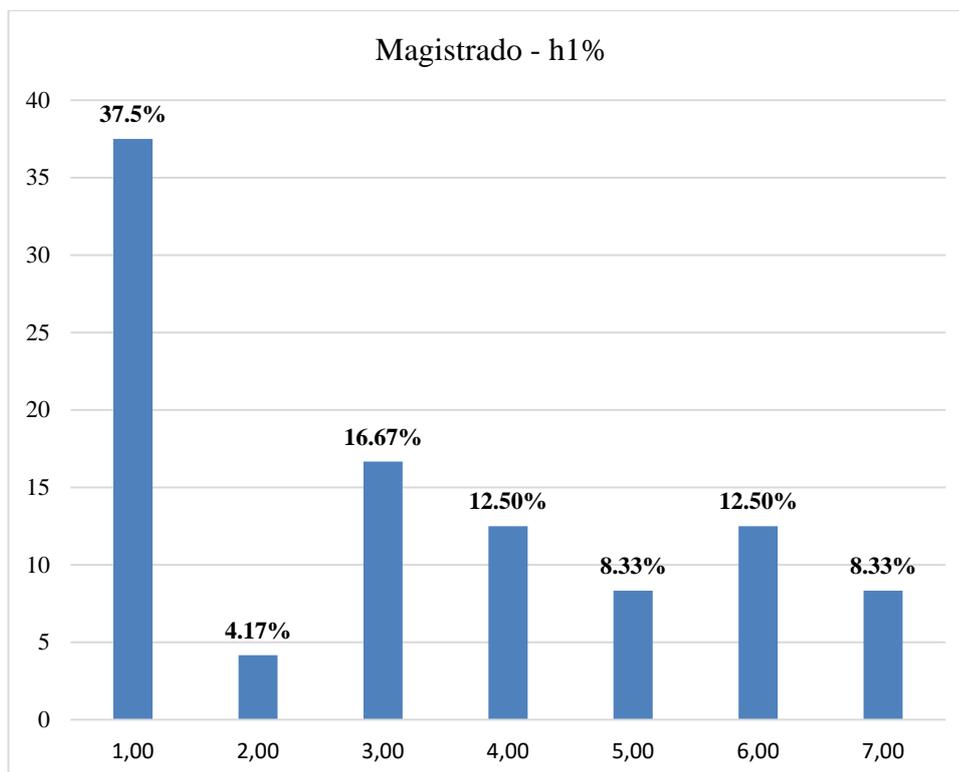
Magistrado ponente

Magistrado	f1	h1%	F1	H1%
1,00	9	37.5%	9	37.50%
2,00	1	4.17%	10	41.67%
3,00	4	16.67%	14	58.33%
4,00	3	12.50%	17	70.83%
5,00	2	8.33%	19	79.17%
6,00	3	12.50%	22	91.67%
7,00	2	8.33%	24	100.00%
Total	24	100%		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 13

Magistrado ponente



FUENTE: TABLA N° 13

TABLA N° 14

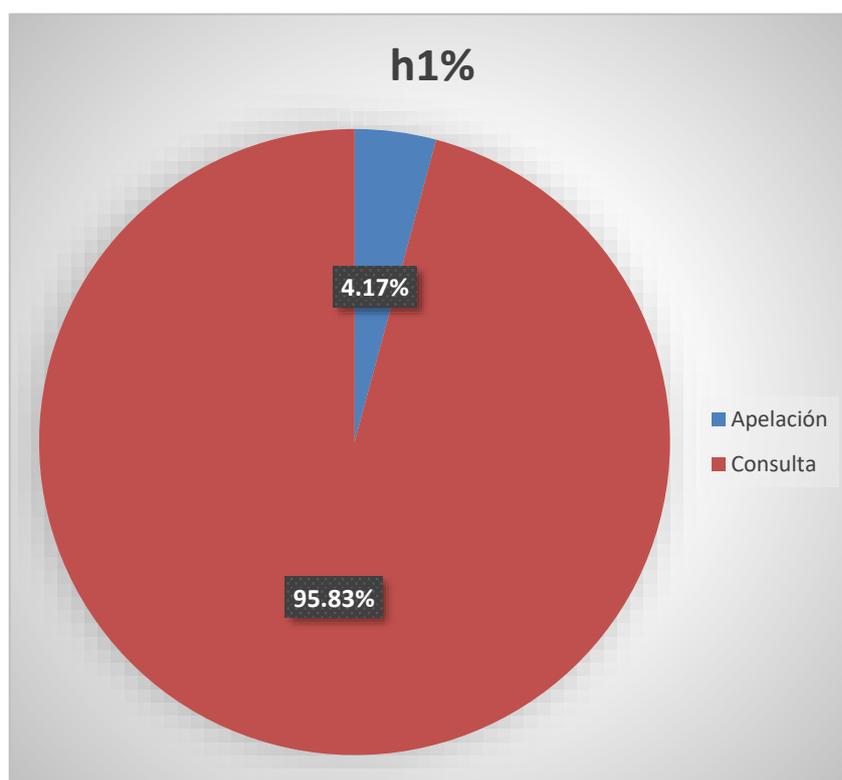
¿El expediente judicial sube a segunda instancia vía apelación o consulta?

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
Apelación	1	4.17%	1	4.17%
Consulta	23	95.83%	24	100.00%
Total	24	100		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 14

¿El expediente judicial sube a segunda instancia vía apelación o consulta?



FUENTE: TABLA N° 14

TABLA N° 15

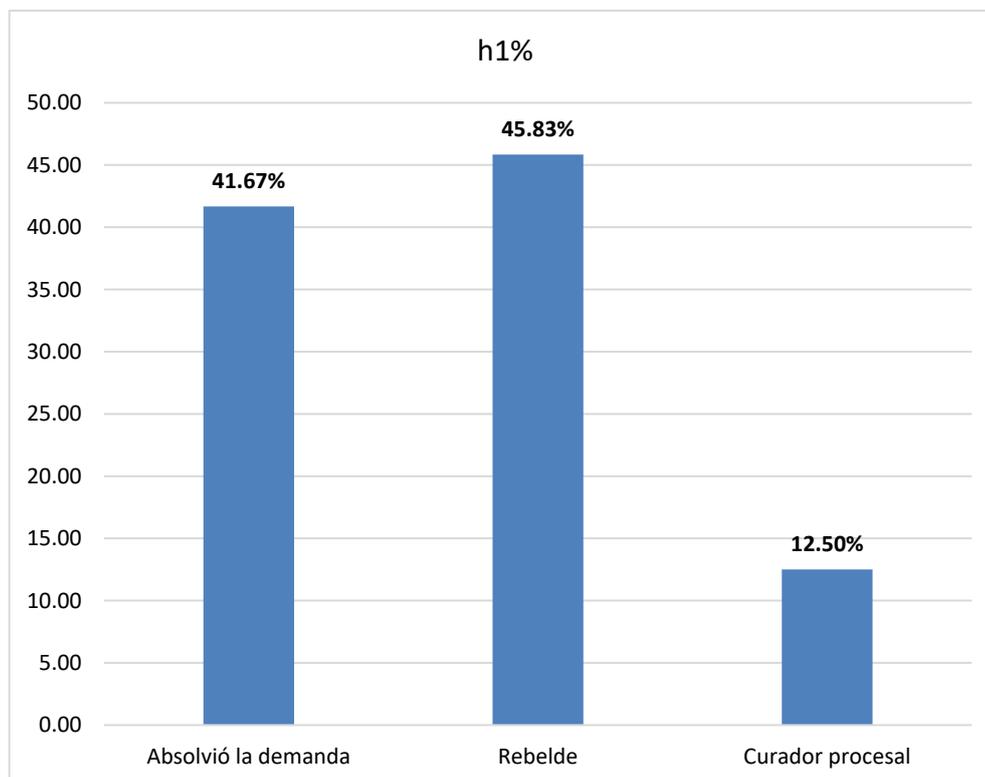
Condición procesal del demandado

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
Absolvió la demanda	10	41.67%	10	41.67%
Rebelde	11	45.83%	21	87.50%
Curador procesal	3	12.50%	24	100.00%
Total	24	100.00%		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 15

Condición procesal del demandado



FUENTE: TABLA N° 15

TABLA N° 16

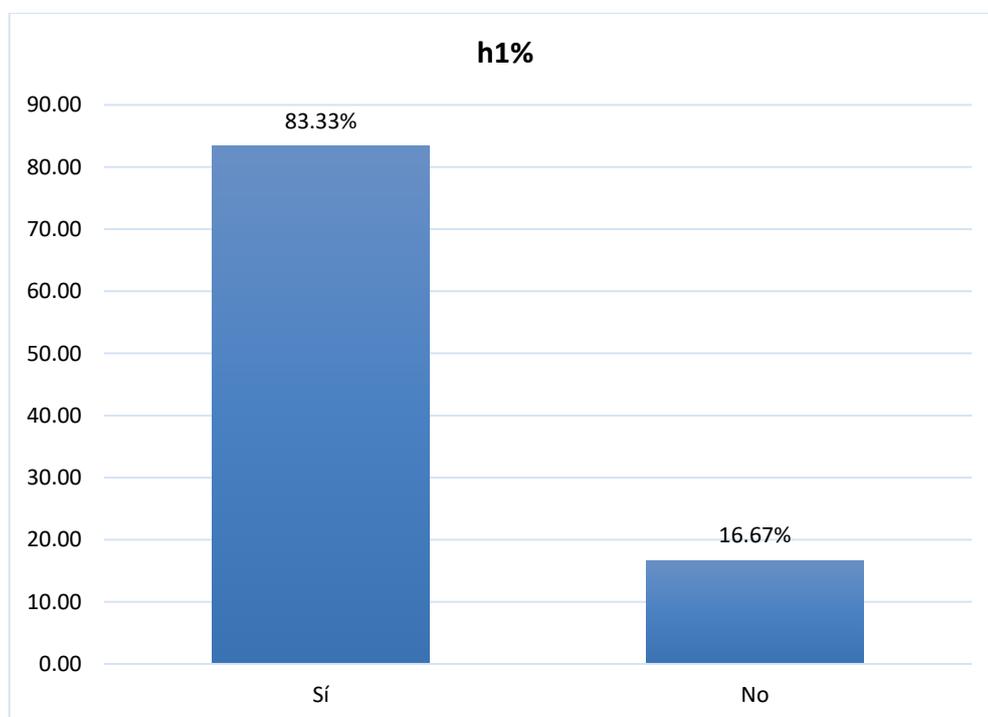
¿Hay presencia de hijos (mayores o menores de edad)?

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
Sí	20	83.33%	20	83.33%
No	4	16.67%	24	100.00%
Total	24	100.00%		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 16

¿Hay presencia de hijos (mayores y menores de edad)?



FUENTE: TABLA N° 16

TABLA N° 17

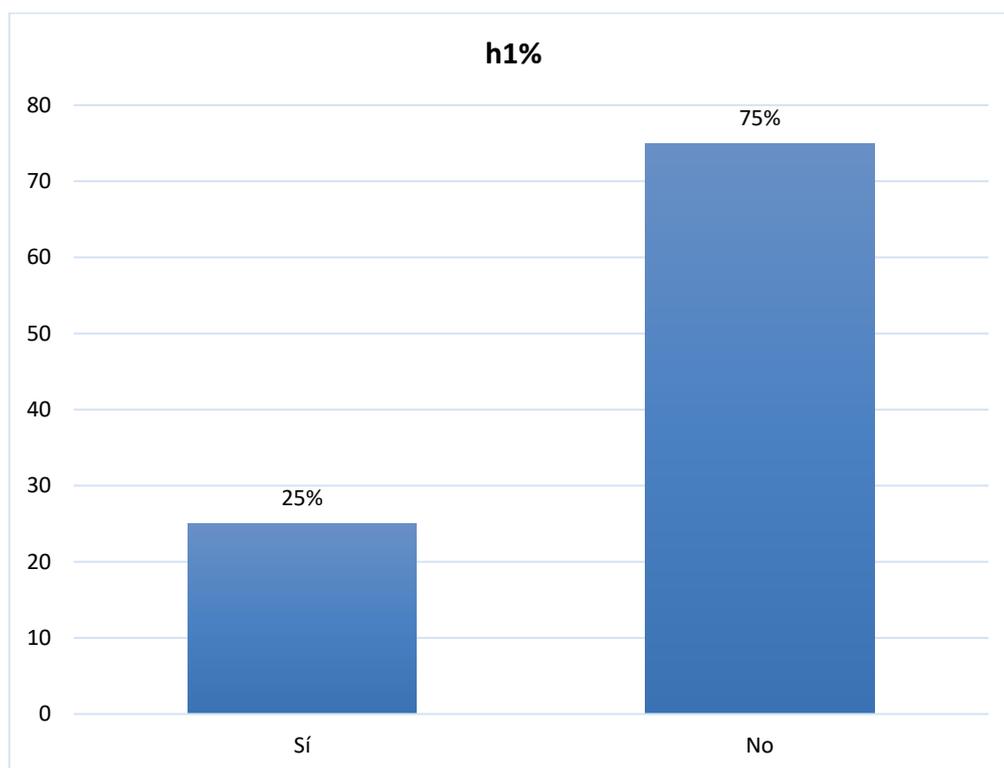
¿Hay presencia de hijos menores de edad (a partir del momento que se emite la sentencia)?

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
Sí	6	25%	6	25%
No	18	75%	24	100%
Total	24	100		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 17

¿Hay presencia de hijos menores de edad (a partir del momento que se emite la sentencia)?



FUENTE: TABLA N° 17

TABLA N° 18

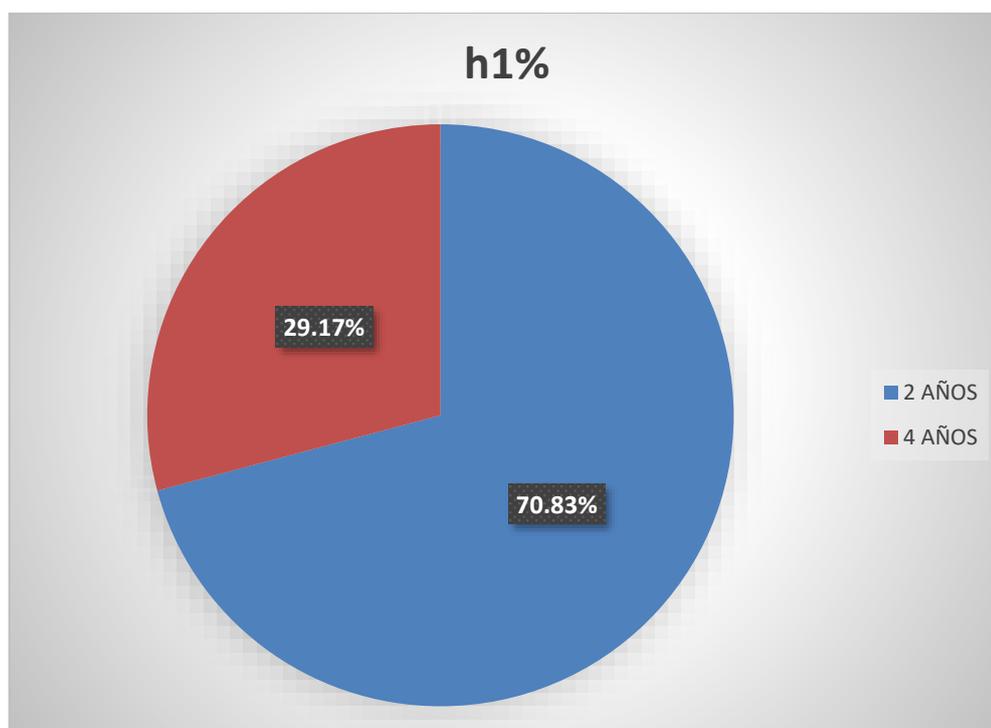
El elemento temporal de la separación de hecho es:

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
2 AÑOS	17	70.83%	17	70.83%
4 AÑOS	7	29.17%	24	100.00%
Total	24	100%		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 18

El elemento temporal de la separación de hecho es:



FUENTE: TABLA N° 18

TABLA N° 19

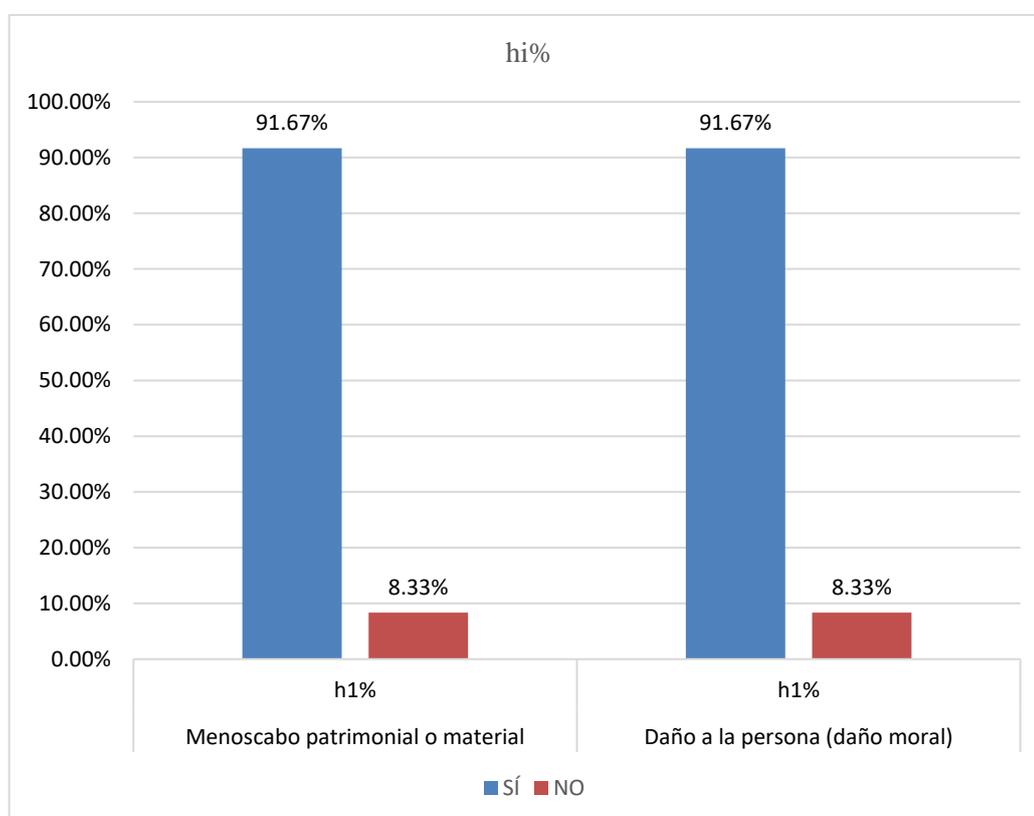
¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, identifica (artículo 345° A Código Civil): menoscabo patrimonial y daño a la persona?

Categoría	Menoscabo patrimonial o material		Daño a la persona (daño moral)	
	f1	h1	f1	h1
SÍ	22	91.67%	22	91.67%
NO	2	8.33%	2	8.33%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 19

¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, identifica (artículo 345° A Código Civil): menoscabo patrimonial y daño a la persona?



FUENTE: TABLA N° 19

TABLA N° 20

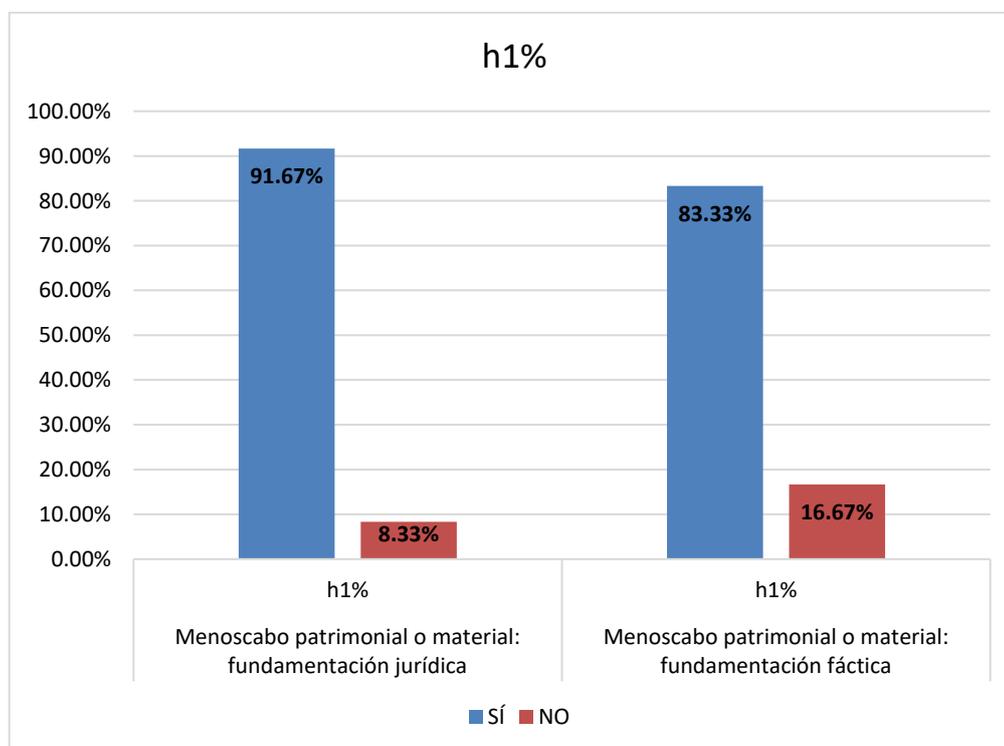
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto al Menoscabo patrimonial o material?

Categoría	Menoscabo patrimonial o material: fundamentación jurídica		Menoscabo patrimonial o material: fundamentación fáctica	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	22	91.67%	20	83.33%
NO	2	8.33%	4	16.67%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 20

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto al Menoscabo patrimonial o material?



FUENTE: TABLA N° 20

TABLA N° 21

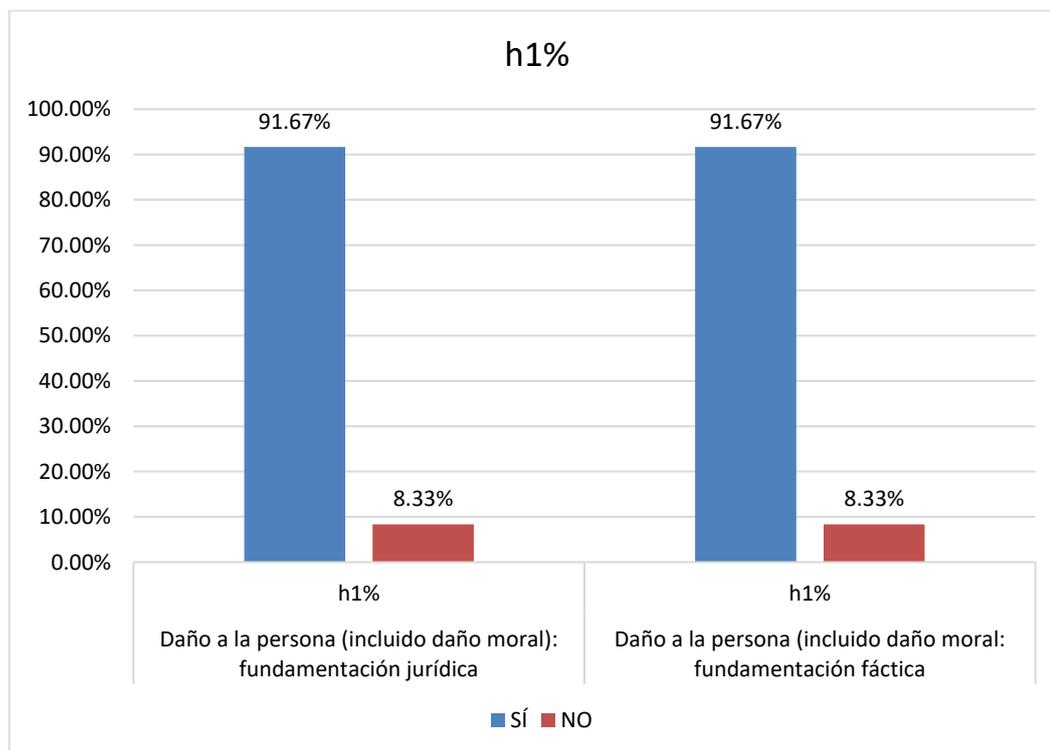
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto al Daño a la persona (incluido daño moral)?

Categoría	Daño a la persona (incluido daño moral): fundamentación jurídica		Daño a la persona (incluido daño moral): fundamentación fáctica	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	22	91.67%	22	91.67%
NO	2	8.33%	2	8.33%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 21

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto al Daño a la persona (incluido daño moral)?



FUENTE: TABLA N° 21

TABLA N° 22

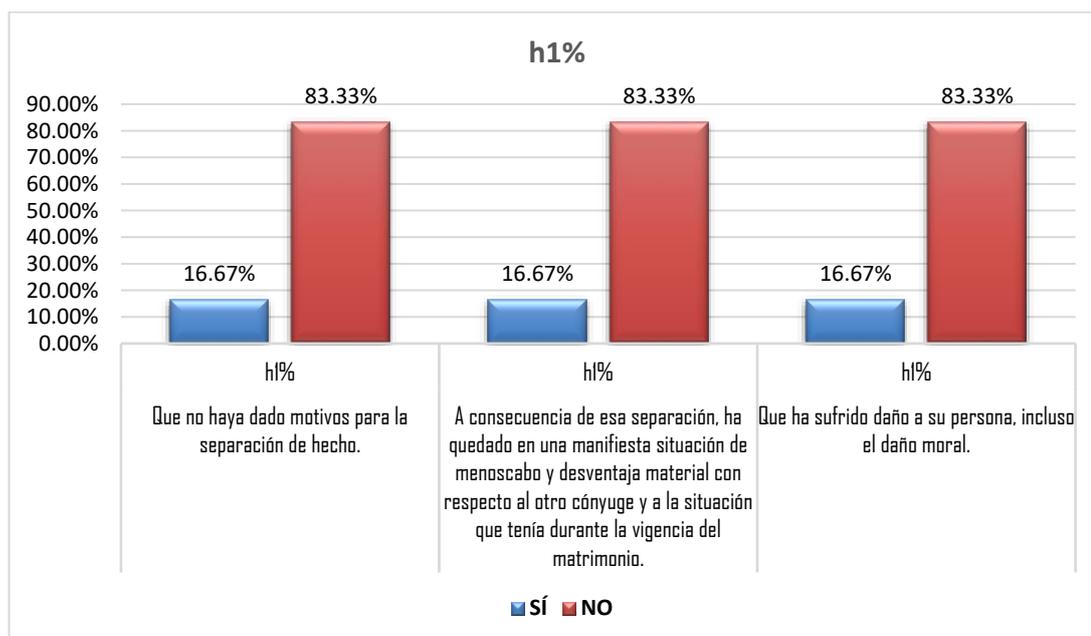
La sentencia, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala los siguientes criterios para identificar al cónyuge perjudicado: “1. Que no haya dado motivos para la separación de hecho. 2. A consecuencia de esa separación, ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio. 3. Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral”.

Categoría	Que no haya dado motivos para la separación de hecho.		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.		Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.	
	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%
SÍ	4	16.67%	4	16.67%	4	16.67%
NO	20	83.33%	20	83.33%	20	83.33%
Total	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 22

La sentencia, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala los siguientes criterios para identificar al cónyuge perjudicado: “1. Que no haya dado motivos para la separación de hecho. 2. 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. 3. Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral”.



FUENTE: TABLA N° 22

TABLA N° 23

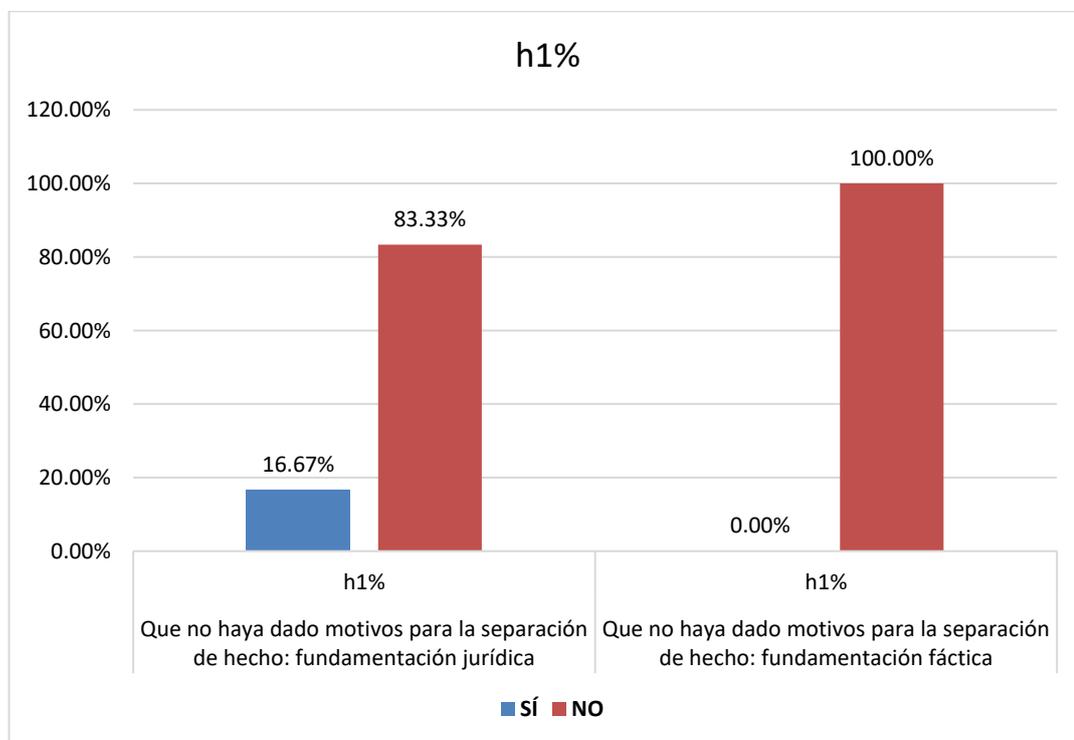
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “que no haya dado motivos para la separación de hecho”?

Categoría	Que no haya dado motivos para la separación de hecho: fundamentación jurídica		Que no haya dado motivos para la separación de hecho: fundamentación fáctica	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	4	16.67%	0	0.00%
NO	20	83.33%	24	100.00%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 23

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “que no haya dado motivos para la separación de hecho”?



FUENTE: TABLA N° 23

TABLA N° 24

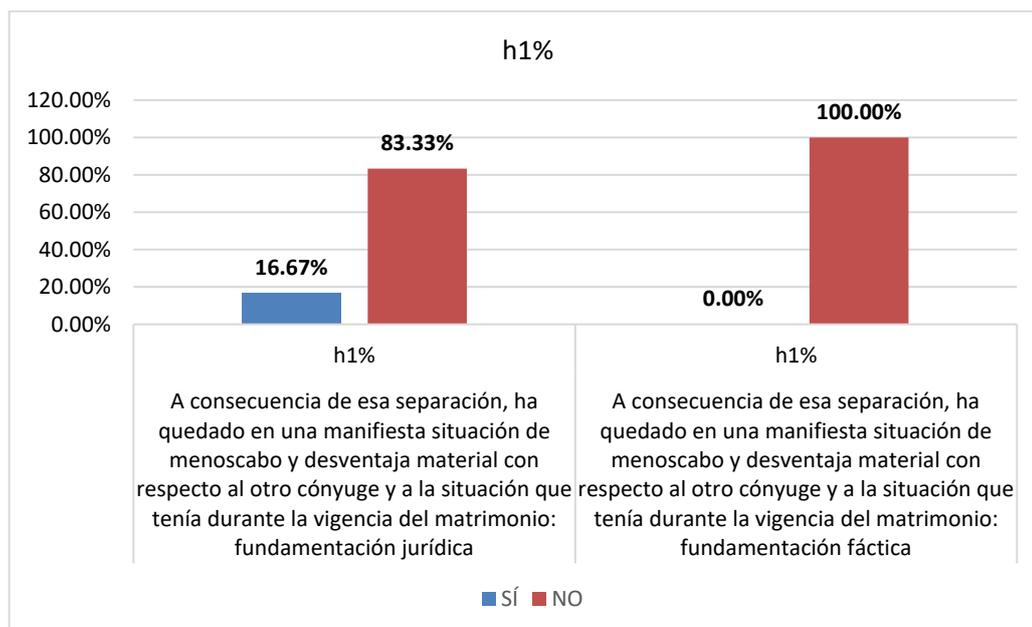
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con relación “A consecuencia de esa separación, ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio”?

Categoría	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: fundamentación jurídica		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: fundamentación fáctica	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	4	16.67%	0	0.00%
NO	20	83.33%	24	100.00%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 24

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con relación “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”?



FUENTE: TABLA N° 24

TABLA N° 25

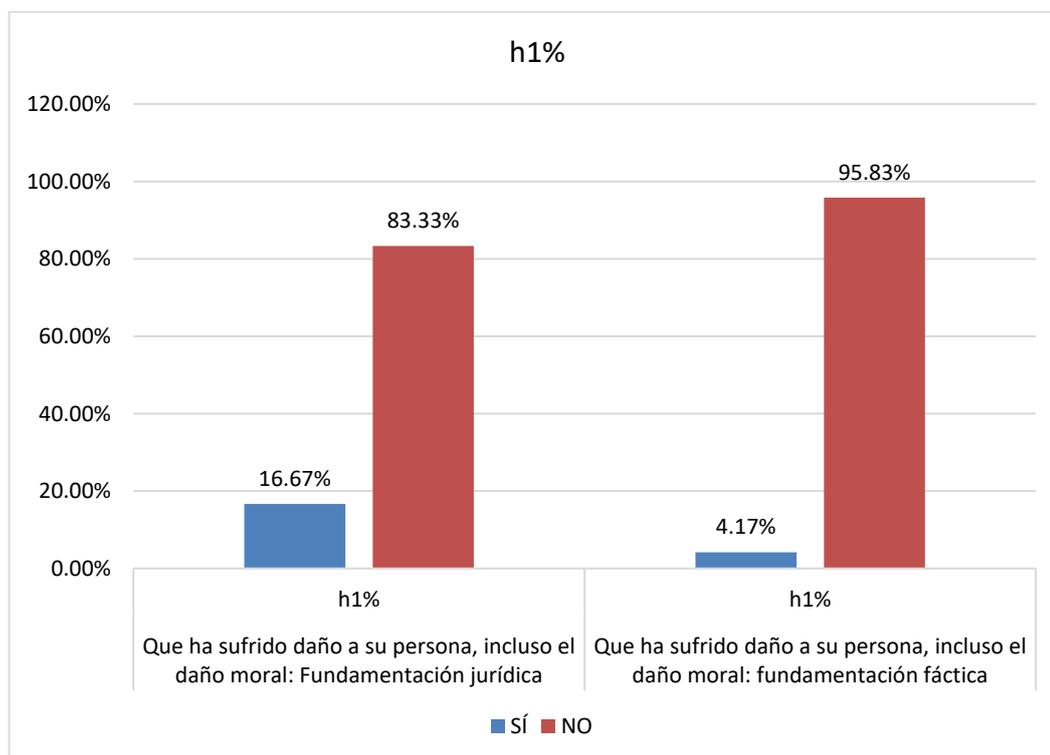
¿Existe Fundamentación Jurídica y fundamentación Fáctica con relación a: “Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral”?

Categoría	Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral: Fundamentación jurídica.		Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral: Fundamentación fáctica.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	4	16.67%	1	4.17%
NO	20	83.33%	23	95.83%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 25

¿Existe Fundamentación Jurídica y fundamentación Fáctica con relación a: “Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral”?



FUENTE: TABLA N° 25

TABLA N° 26

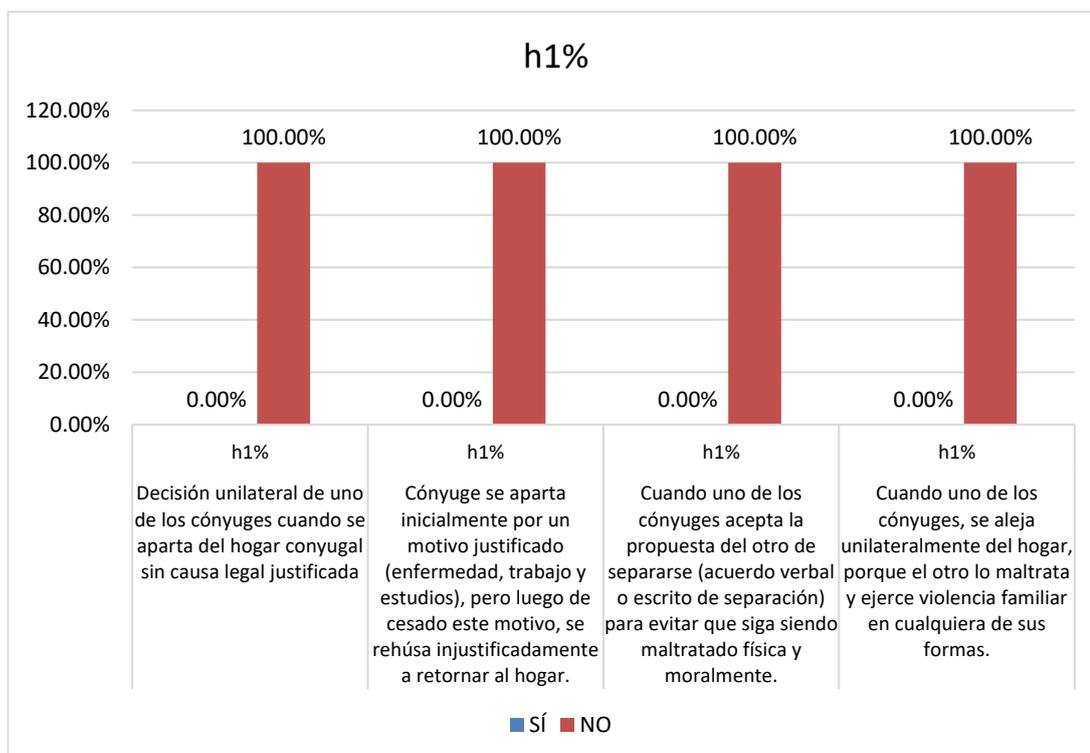
¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala la causa y/o hipótesis de separación de hecho de los cónyuges (cese de la vida en común)?

Criterios del Tercer Pleno Casatorio Civil	Decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada		Cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo y estudios), pero luego de cesado este motivo, se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.		Cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación) para evitar que siga siendo maltratado física y moralmente.		Cuando uno de los cónyuges, se aleja unilateralmente del hogar, porque el otro lo maltrata y ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas.	
	f1	h1%	f1	h1%	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
NO	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%
TOTAL	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 26

¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala la causa y/o hipótesis de separación de hecho de los cónyuges (cese de la vida en común)?



FUENTE: TABLA N° 26

TABLA N° 27

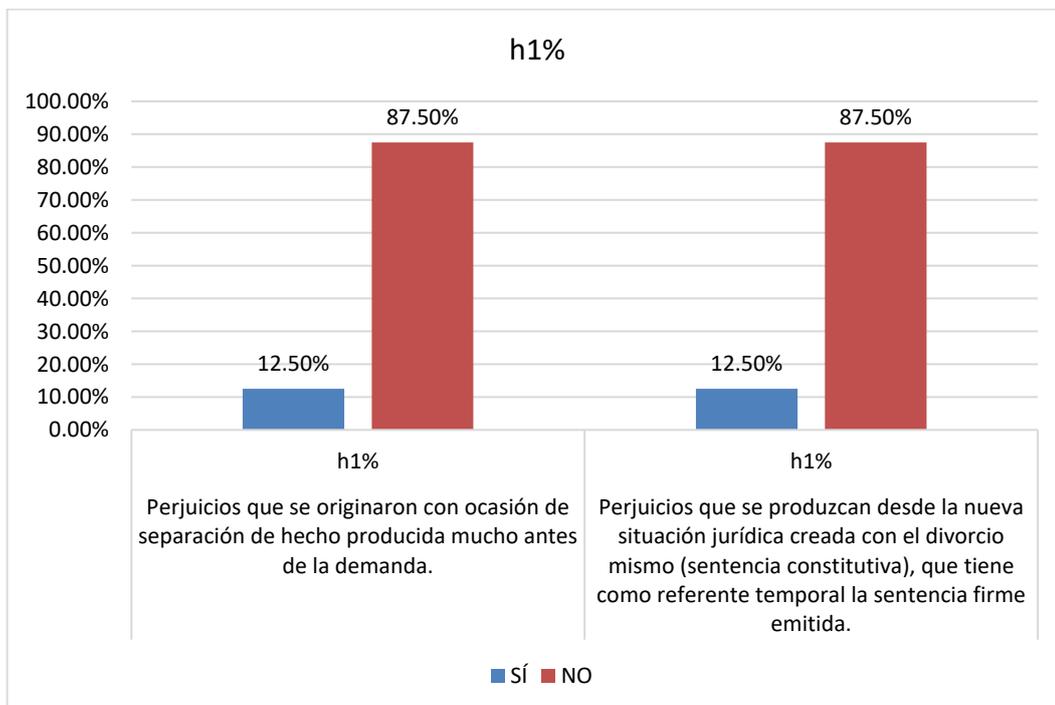
¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala la temporalidad y perjuicios de separación de hecho a efectos de determinar la indemnización por daños?

Categoría	Perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda.		Perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	3	12.50%	3	12.50%
NO	21	87.50%	21	87.50%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 27

¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala la temporalidad y perjuicios de separación de hecho a efectos de determinar la indemnización por daños?



FUENTE: TABLA N° 27

TABLA N° 28

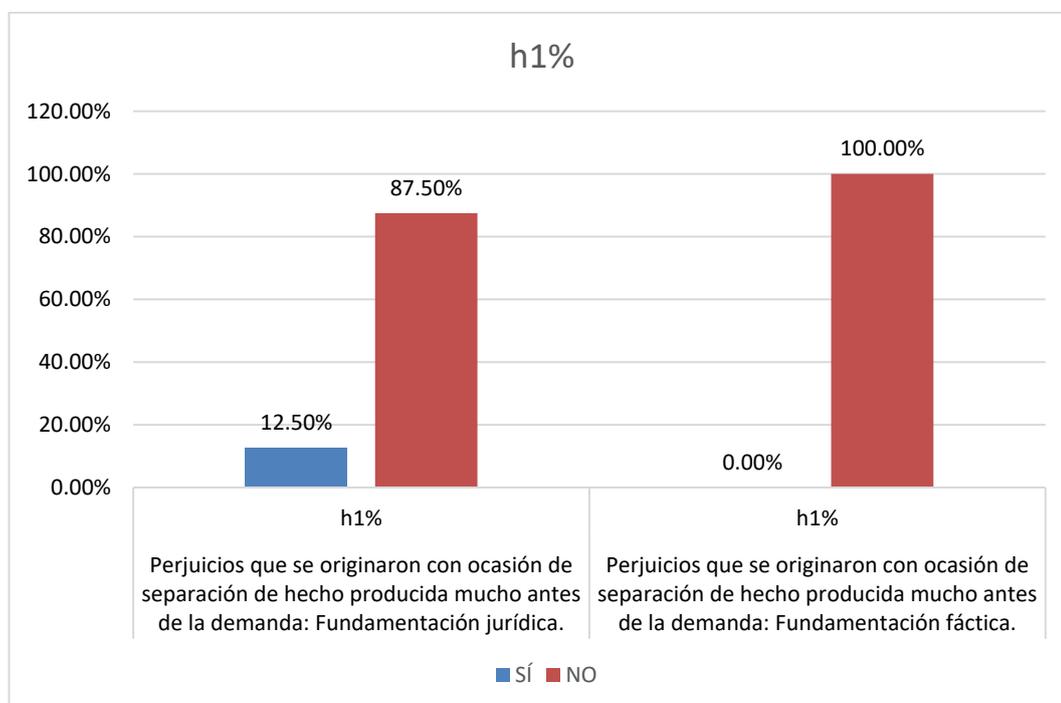
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda”?

Categoría	Perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda: Fundamentación jurídica.		Perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda: Fundamentación fáctica.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	3	12.50%	0	0.00%
NO	21	87.50%	24	100.00%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 28

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda”?



FUENTE: TABLA N° 28

TABLA N° 29

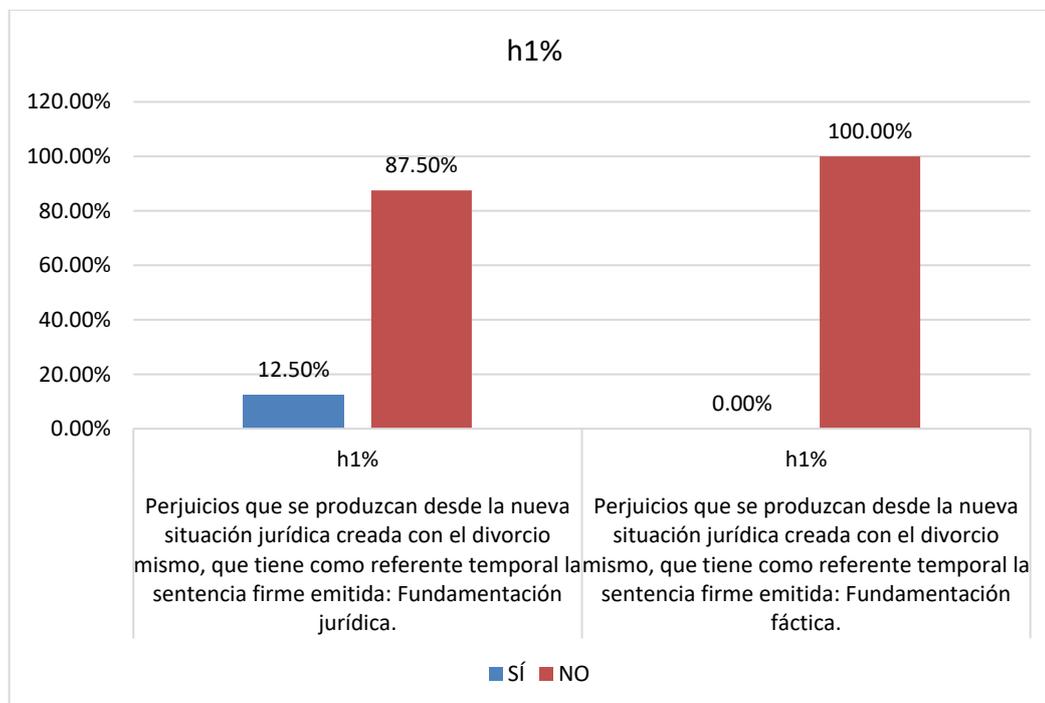
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo, que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida”?

Categoría	Perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo, que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida: Fundamentación jurídica.		Perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo, que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida: Fundamentación fáctica.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	3	12.50%	0	0.00%
NO	21	87.50%	24	100.00%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 29

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo, que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida”?



FUENTE: TABLA N° 29

TABLA N° 30

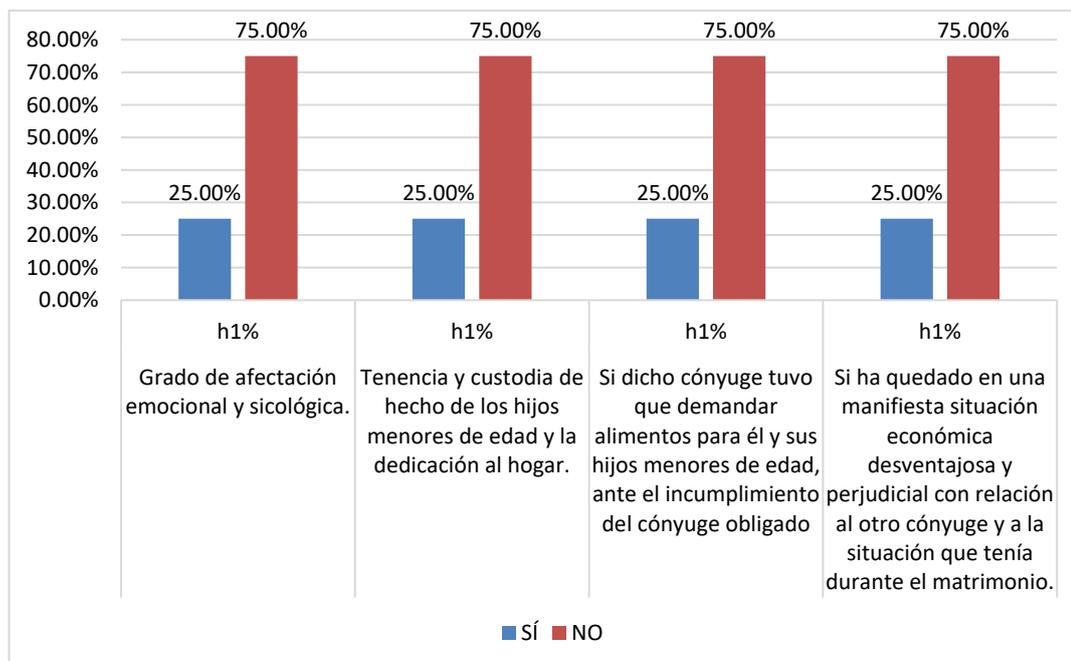
¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), señala perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho y el divorcio en sí?

Criterios vinculantes	Grado de afectación emocional y psicológica.		Tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.		Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado		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.	
	f1	h1%	f1	h1%	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	6	25.00%	6	25.00%	6	25.00%	6	25.00%
NO	18	75.00%	18	75.00%	18	75.00%	18	75.00%
TOTAL	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 30

¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), señala perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho y el divorcio en sí?



FUENTE: TABLA N° 30

TABLA N° 31

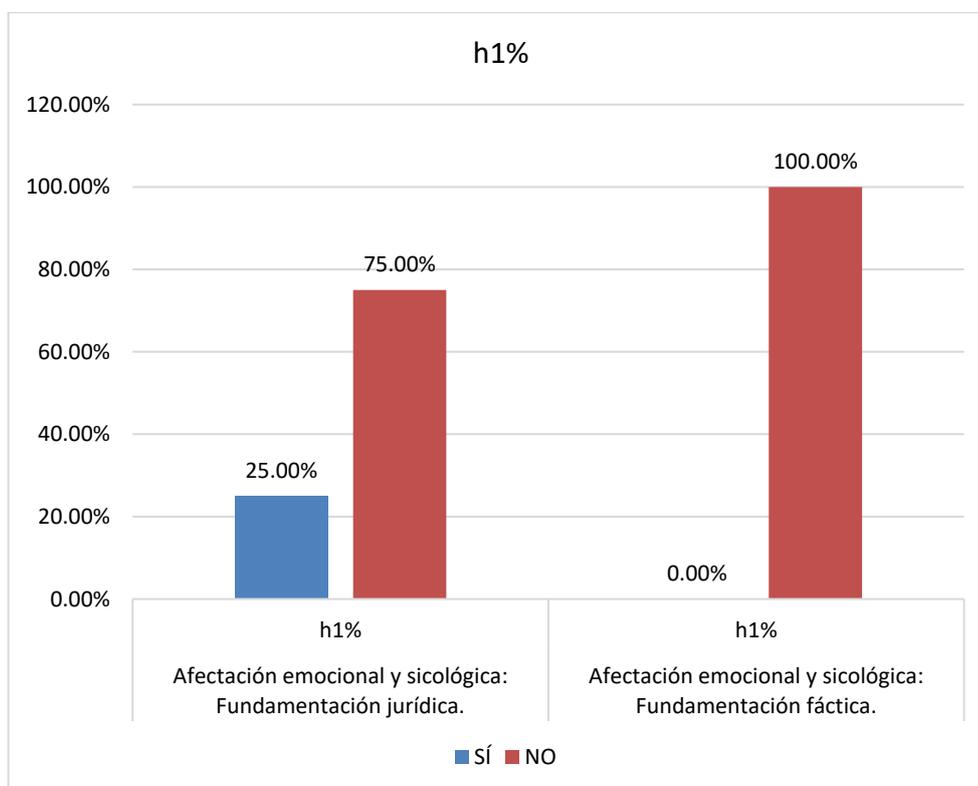
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Afectación emocional y sicológica”?

Categoría	Afectación emocional y sicológica: Fundamentación jurídica.		Afectación emocional y sicológica: Fundamentación fáctica.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	6	25.00%	0	0.00%
NO	18	75.00%	24	100.00%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 31

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Afectación emocional y sicológica”?



FUENTE: TABLA N° 31

TABLA N° 32

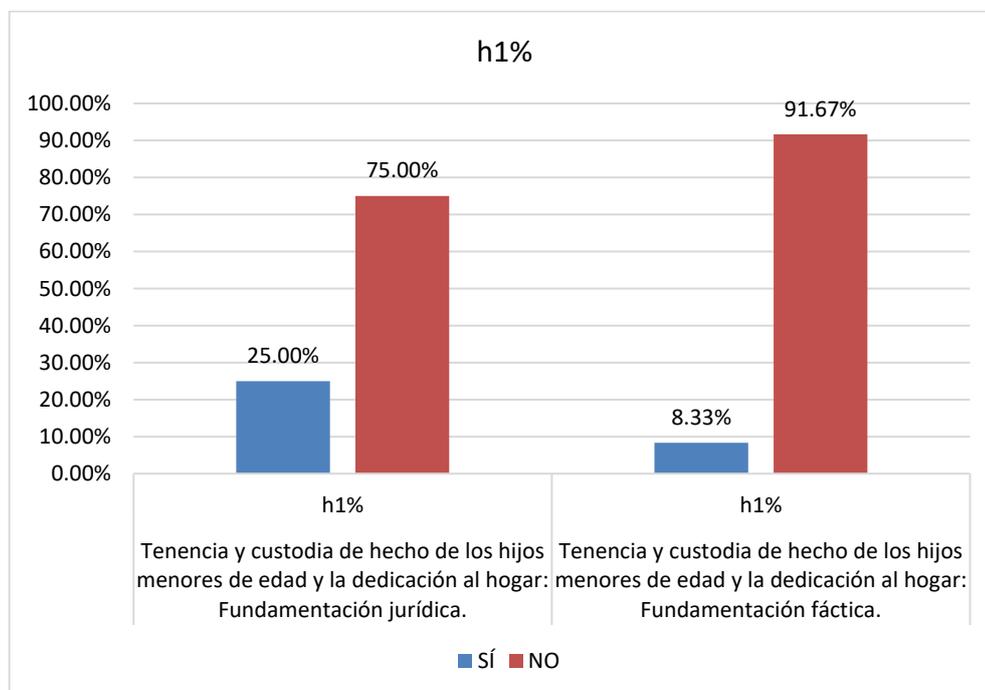
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar”?

Categoría	Tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar: Fundamentación jurídica.		Tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar: Fundamentación fáctica.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	6	25.00%	2	8.33%
NO	18	75.00%	22	91.67%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 32

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar”?



FUENTE: TABLA N° 32

TABLA N° 33

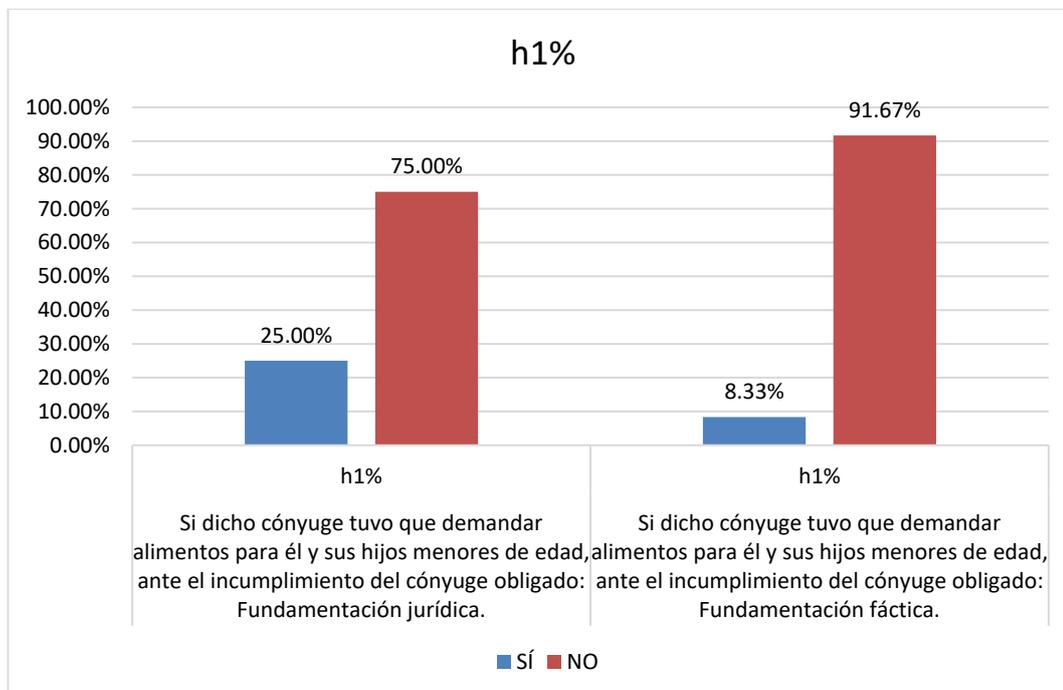
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado”?

Categoría	Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado: Fundamentación jurídica.		Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado: Fundamentación fáctica.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	6	25.00%	2	8.33%
NO	18	75.00%	22	91.67%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 33

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado”?



FUENTE: TABLA N° 33

TABLA N° 34

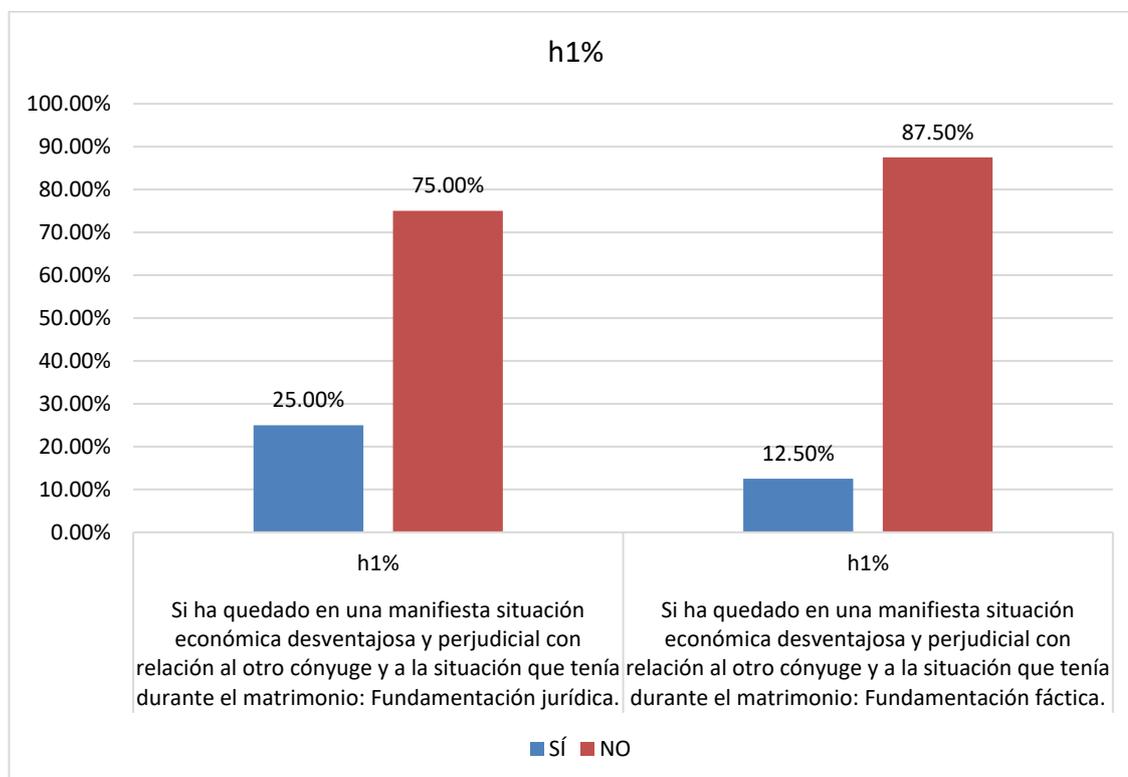
¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio”?

Categoría	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: Fundamentación jurídica.		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: Fundamentación fáctica.	
	f1	h1%	f1	h1%
SÍ	6	25.00%	3	12.50%
NO	18	75.00%	21	87.50%
Total	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 34

¿Existe Fundamentación Jurídica y Fundamentación Fáctica con respecto a “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”?



FUENTE: TABLA N° 34

TABLA N° 35

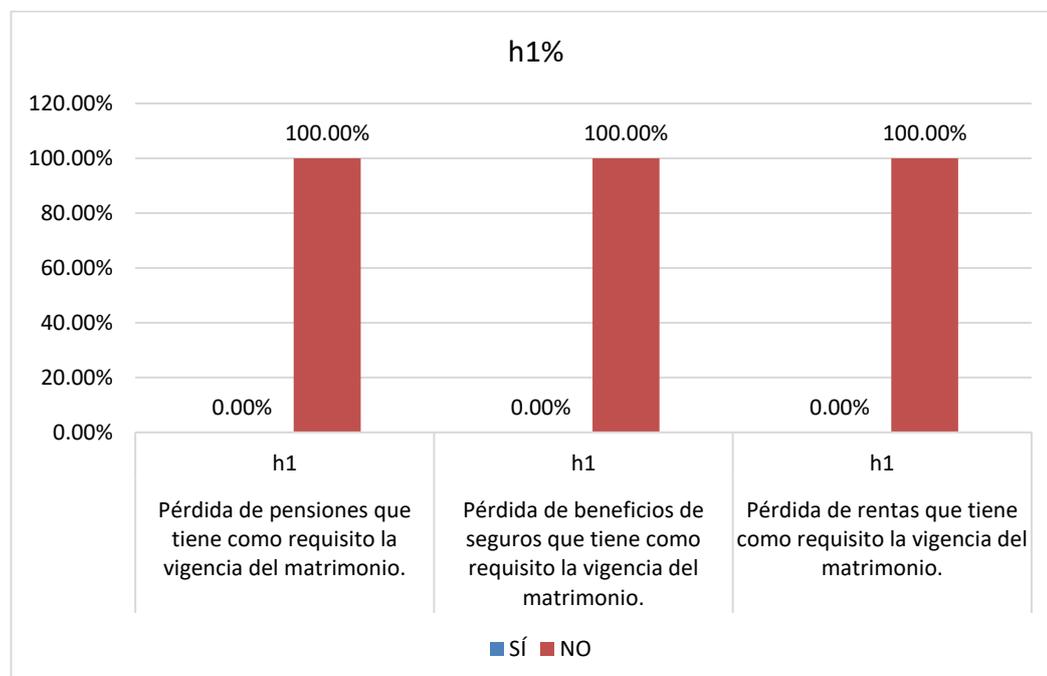
¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), señala perjuicios que se produjeron desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme?

Criterios	Pérdida de pensiones que tiene como requisito la vigencia del matrimonio.		Pérdida de beneficios de seguros que tiene como requisito la vigencia del matrimonio.		Pérdida de rentas que tiene como requisito la vigencia del matrimonio.	
	f1	h1	f1	h1	f1	h1
SÍ	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
NO	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%
TOTAL	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 35

¿La sentencia de vista, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010–Puno), señala perjuicios que se produjeron desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme?



FUENTE: TABLA N° 35

TABLA N° 36

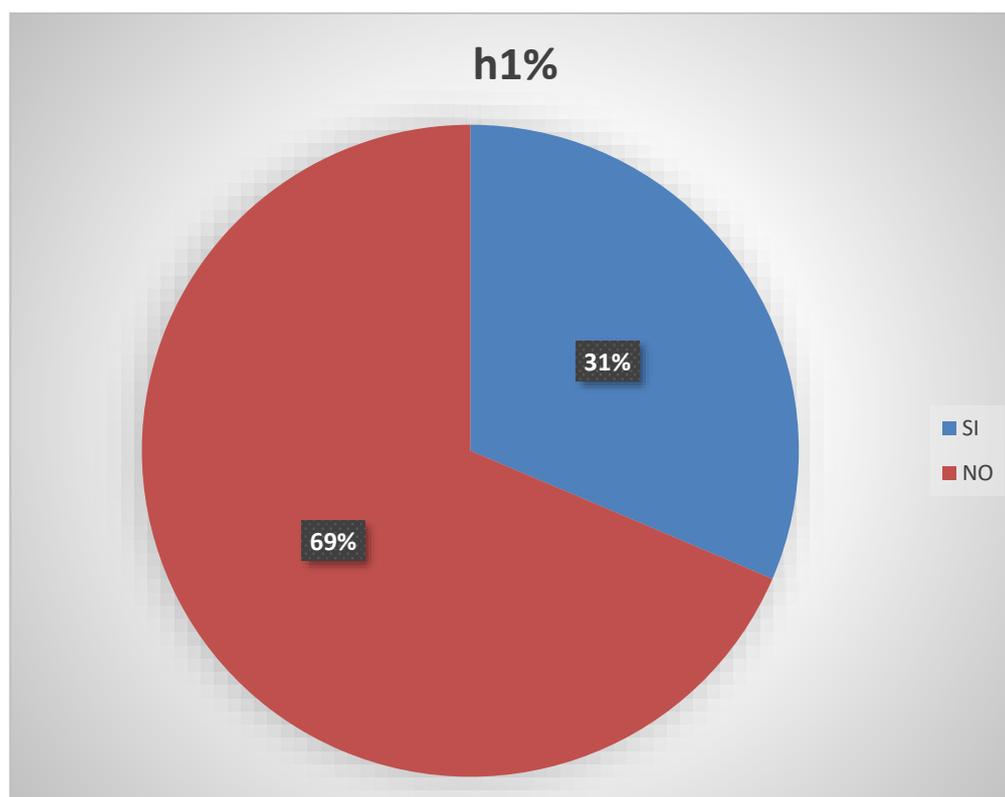
¿Las partes involucradas solicitan Indemnización para el cónyuge perjudicado?

Criterio	f1	h1%	F1	H1%
SI	11	31.43	11	31.43
NO	24	68.57	35	100.00
Total	35	100.00		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 36

¿Las partes involucradas solicitan indemnización para el cónyuge perjudicado?



FUENTE: TABLA N° 36

TABLA N° 37

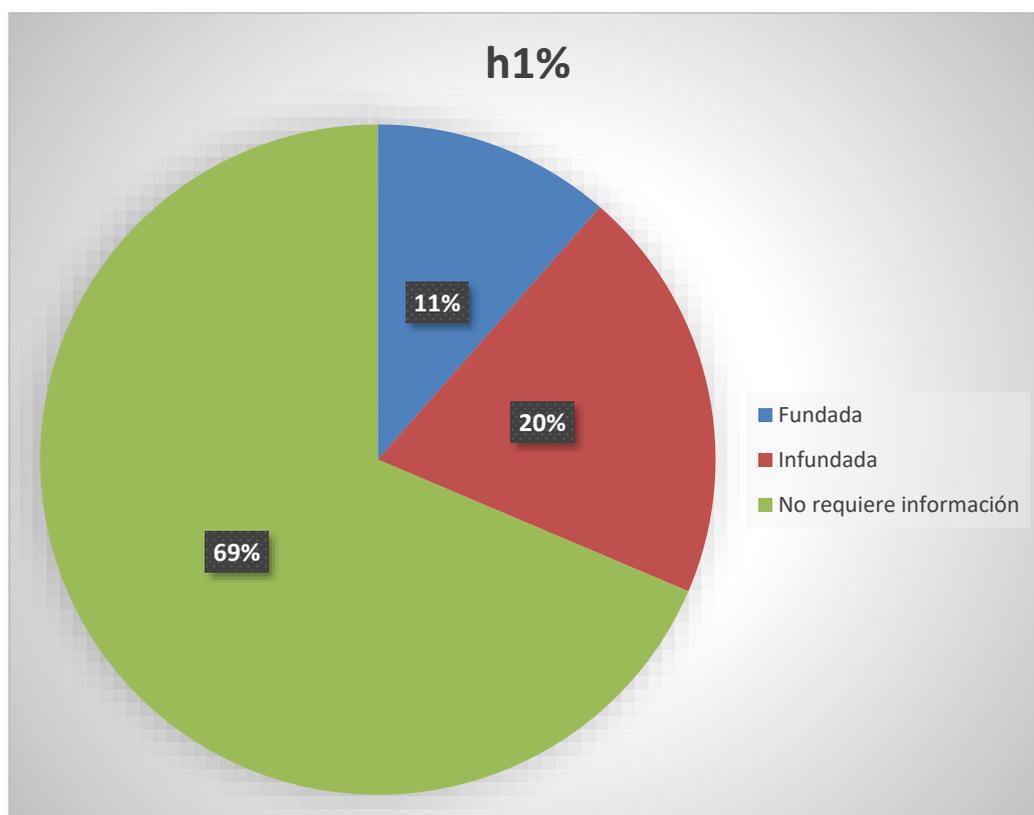
¿Respecto a la Pretensión Accesorias se declara con respecto a la “Indemnización para el cónyuge perjudicado”?

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
Fundada	4	11.43	4	11.43
Infundada	7	20.00	11	31.43
No requiere información	24	68.57	35	100.00
Total	35	100.00		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 37

¿Respecto a la Pretensión Accesorias se declara: “Indemnización para el cónyuge perjudicado”?



FUENTE: TABLA N° 37

TABLA N° 38

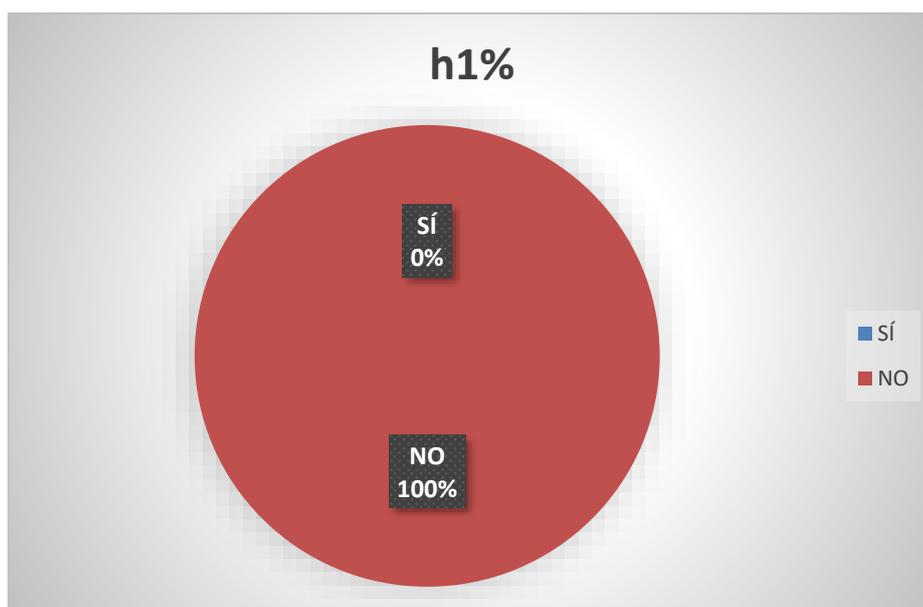
¿Se otorga de oficio la indemnización al cónyuge perjudicado?

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
SÍ	0	0%	0	0%
NO	24	100.00%	24	100.00%
TOTAL	24	100%		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 38

¿Se otorga de oficio la indemnización al cónyuge perjudicado?



FUENTE: TABLA N° 38

TABLA N° 39

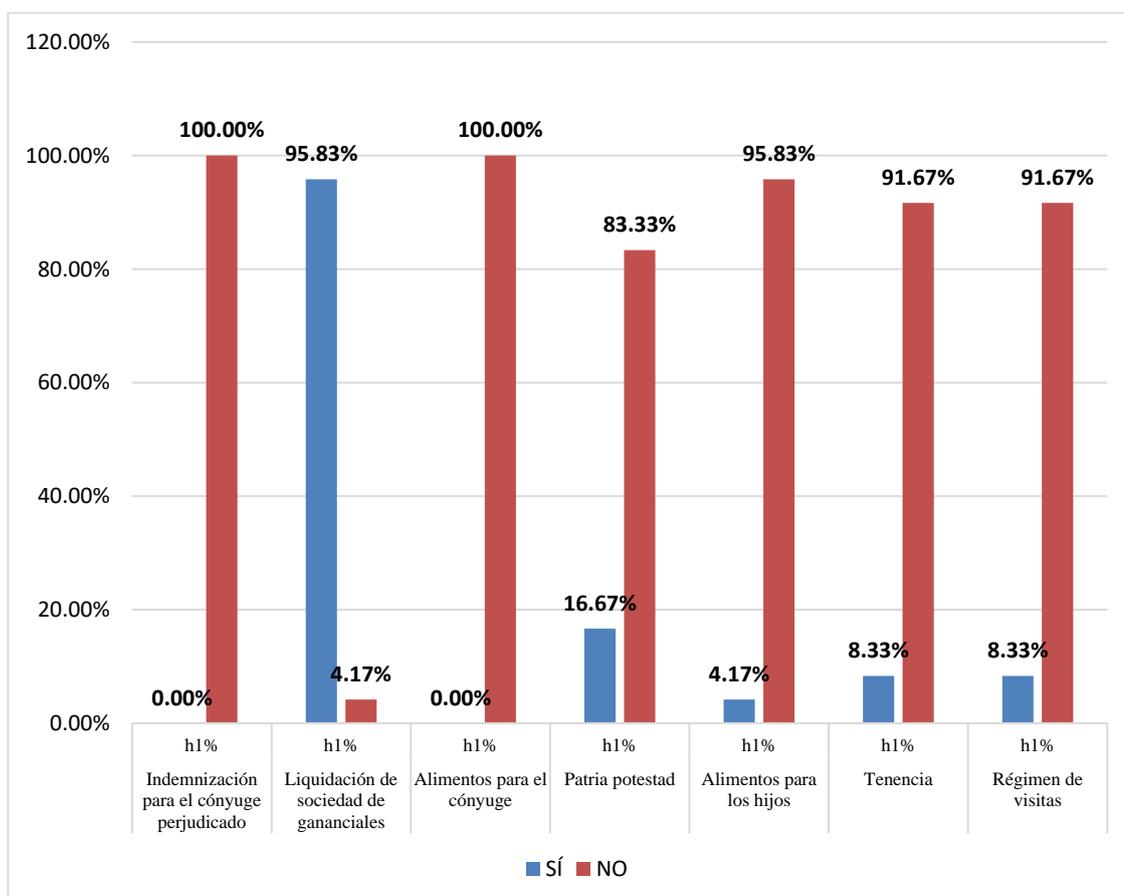
¿Las partes involucradas solicitan como pretensión accesoria?

Pretensión accesoria	Indemnización para el cónyuge perjudicado		Liquidación de sociedad de gananciales		Alimentos para el cónyuge		Patria potestad		Alimentos para los hijos		Tenencia		Régimen de visitas	
	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%
SÍ	0	0.00%	23	95.83%	0	0.00%	4	16.67%	1	4.17%	2	8.33%	2	8.33%
NO	24	100.00%	1	4.17%	24	100.00%	20	83.33%	23	95.83%	22	91.67%	22	91.67%
TOTAL	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 39

¿Las partes involucradas solicitan como pretensión accesoria?



FUENTE: TABLA N° 39

TABLA N° 40

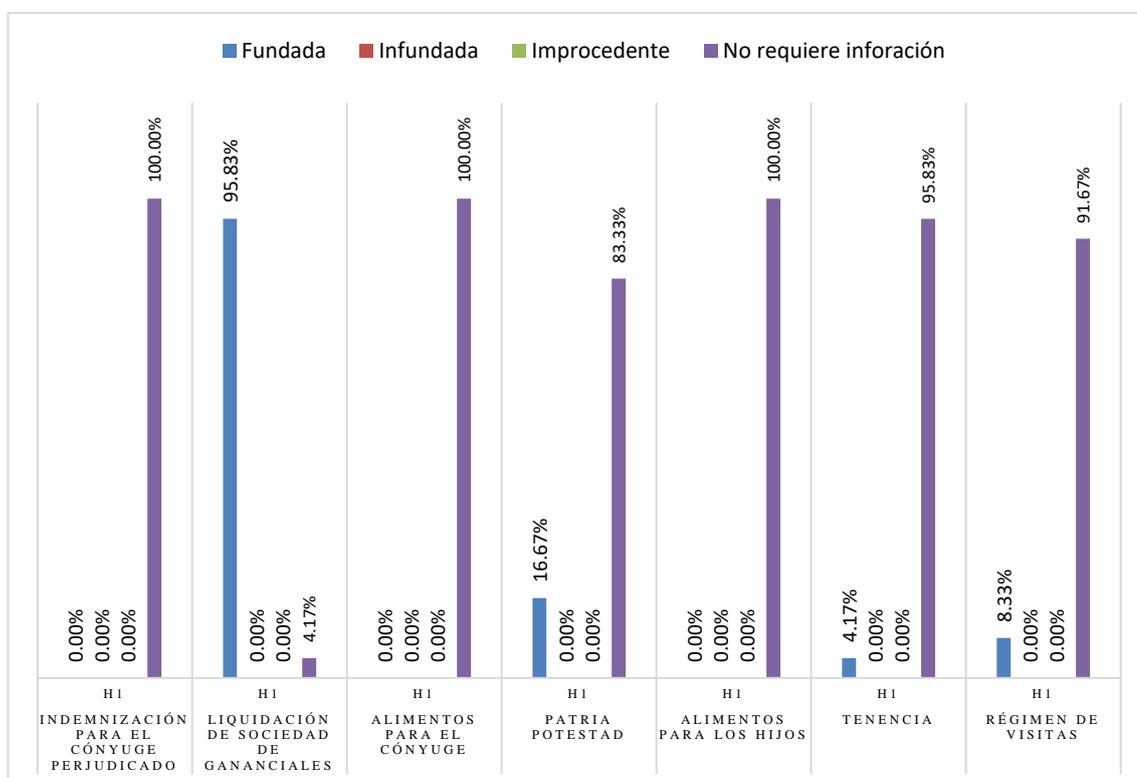
Respecto a las Pretensiones Accesorias se declara:

Pretensión accesoria	Indemnización para el cónyuge perjudicado		Liquidación de sociedad de gananciales		Alimentos para el cónyuge		Patria potestad		Alimentos para los hijos		Tenencia		Régimen de visitas	
	f1	h1	f1	h1	f1	h1	f1	h1	f1	h1	f1	h1	f1	h1
Fundada	0	0.00%	23	95.83%	0	0.00%	4	16.67%	0	0.00%	1	4.17%	2	8.33%
Infundada	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
Improcedente	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
No requiere información	24	100.00%	1	4.17%	24	100.00%	20	83.33%	24	100.00%	23	95.83%	22	91.67%
Total	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 40

Respecto a las Pretensiones Accesorias se declara:



FUENTE: TABLA N° 40

TABLA N° 41

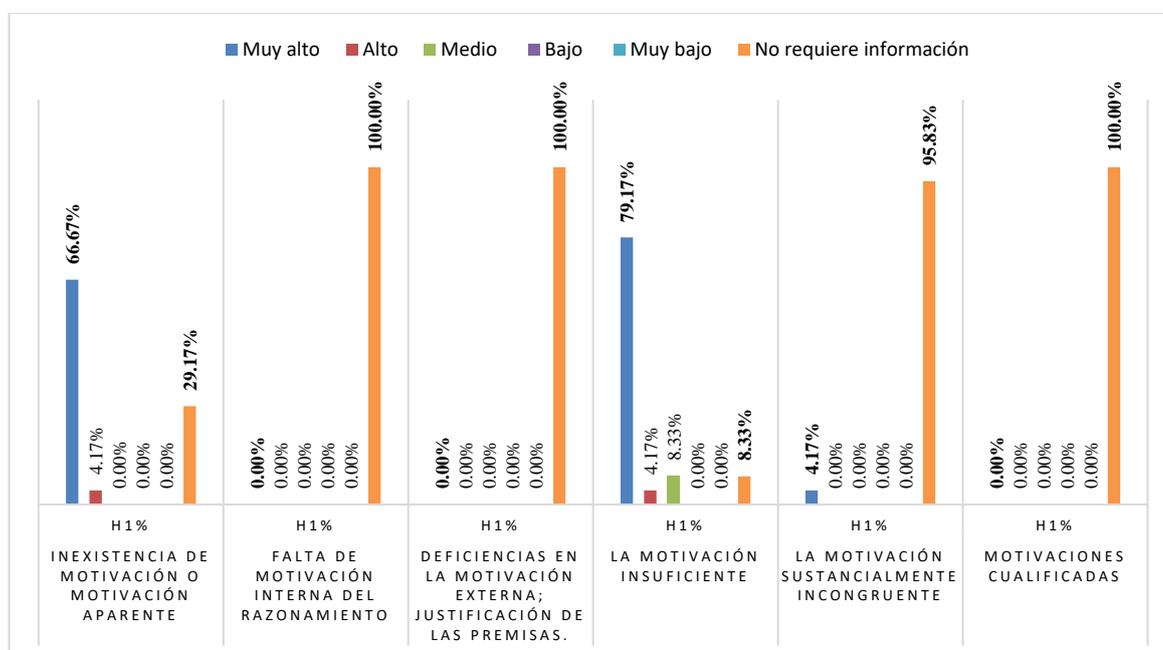
Nivel de indebida motivación (Sentencia TC 728-2008-PHC/TC)

Nivel de indebida motivación	Inexistencia de motivación o motivación aparente		Falta de motivación interna del razonamiento		Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.		La motivación insuficiente		La motivación sustancialmente incongruente		Motivaciones cualificadas	
	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%	fl	h1%
Muy alto	16	66.67%	0	0.00%	0	0.00%	19	79.17%	1	4.17%	0	0.00%
Alto	1	4.17%	0	0.00%	0	0.00%	1	4.17%	0	0.00%	0	0.00%
Medio	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	2	8.33%	0	0.00%	0	0.00%
Bajo	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
Muy bajo	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
No requiere información	7	29.17%	24	100.00%	24	100.00%	2	8.33%	23	95.83%	24	100.00%
TOTAL	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%	24	100.00%

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 41

Nivel de indebida motivación (Sentencia TC 728-2008-PHC/TC)



FUENTE: TABLA N° 41

TABLA N° 42

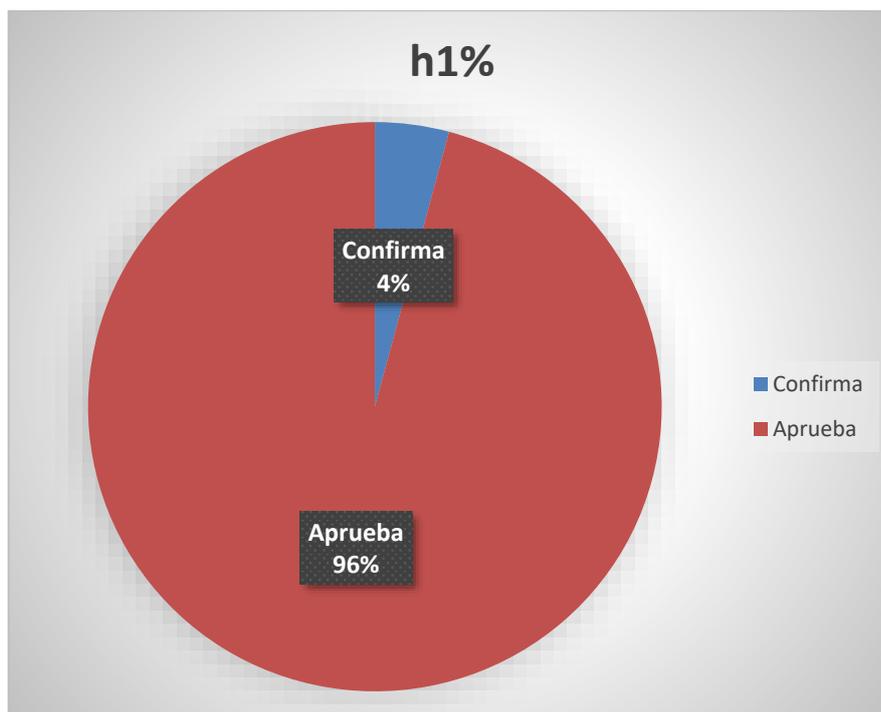
La sentencia de vista resuelve: confirma o aprueba

Categoría	f1	h1%	F1	H1%
Confirma	1	4.17%	1	4.17%
Aprueba	23	95.83%	24	100.00%
TOTAL	24	100%		

FUENTE: Guía de revisión documental (Elaboración propia)

GRÁFICO N° 42

La sentencia de vista resuelve: confirma o aprueba



FUENTE: TABLA N° 42

ANEXO N° 02
GUÍA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

**VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA
MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA EN EL DIVORCIO POR
LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR
DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR
DAÑOS AL CÓNYUYE PERJUDICADO, TACNA- 2018**

PRIMER MÓDULO: PARTE EXPOSITIVA

NÚMERO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL	
SALA CIVIL A CARGO DEL PROCESO	
MAGISTRADO PONENTE	

P1 ¿El expediente judicial sube a segunda instancia vía apelación o consulta?	
Apelación	Consulta
1	2
Comentarios	

**SEGUNDO MÓDULO: ANÁLISIS DE EXPEDIENTES - PARTE
CONSIDERATIVA**

P2. Condición procesal del demandado		
Absolvió la demanda	Rebelde	Curador procesal
1	2	3
Comentarios		

P3. ¿Hay presencia de hijos (mayores o menores de edad)?		P4. ¿Hay presencia de hijos menores de edad? (a partir del momento que se emite la sentencia)		P5. El elemento temporal de la separación de hecho es:	
SI	NO	SI	NO	2 AÑOS	4 AÑOS
1	2	1	2	1	2

P6. La sentencia, en su sección considerativa, identifica (Código Civil 345° A)		SI (pasar a pregunta 7)	NO	P7. ¿Existe Fundamentación Jurídica?		P8. ¿Existe Fundamentación Fáctica?	
				SI	NO	SI	NO
A	Menoscabo patrimonial o material	1	2	1	2	1	2
B	Daño a la persona (incluido daño moral)	1	2	1	2	1	2
Comentarios		<i>¿Qué se dice en la fundamentación fáctica?</i>					

P9. La sentencia, en su sección considerativa en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, , señala los siguientes criterios para identificar al cónyuge perjudicado:		SI (pasar a pregunta 10)	NO	P10. ¿Existe Fundamentación Jurídica?		P11. ¿Existe Fundamentación Fáctica?	
				SI	NO	SI	NO
A	Que no haya dado motivos para la separación de hecho.	1	2	1	2	1	2
B	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.	1	2	1	2	1	2
C	Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.	1	2	1	2	1	2
Comentarios:							

P12. La sentencia, en su sección considerativa, señala (en base al Tercer Pleno Casatorio Civil) Causa y/o hipótesis de separación de hecho de los cónyuges (cese de la vida en común):		SI (pasar a pregunta 13)	NO	P13. ¿Existe Fundamentación Jurídica?		P14. ¿Existe Fundamentación Fáctica?	
				SI	NO	SI	NO
A	Decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada	1	2	1	2	1	2
B	Cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo y estudios), pero luego de cesado este motivo, se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.	1	2	1	2	1	2
C	Cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación) para evitar que siga siendo maltratado física y moralmente.	1	2	1	2	1	2
D	Cuando uno de los cónyuges, se aleja unilateralmente del hogar, porque el otro lo maltrata y ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas.	1	2	1	2	1	2
Comentarios:							

P15. La sentencia, en su sección considerativa en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, , señala la temporalidad y perjuicios de separación de hecho a efectos de determinar la indemnización por daños:		SI (pasar a pregunta 16)	NO	P16. ¿Existe Fundamentación Jurídica?		P17. ¿Existe Fundamentación Fáctica?	
				SI	NO	SI	NO
A	Perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho producida mucho antes de la demanda.	1	2	1	2	1	2
B	Perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que	1	2	1	2	1	2

	tiene como referente temporal la sentencia firme emitida.						
Comentarios							

	P18. La sentencia, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala perjuicios que se originaron con ocasión de separación de hecho y el divorcio en sí:	SI (pasar a P19)	NO	P19. ¿Existe Fundamentación Jurídica?		P20. ¿Existe Fundamentación Fáctica?	
				SI	NO	SI	NO
A	Grado de afectación emocional y psicológica.	1	2	1	2	1	2
B	Tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.	1	2	1	2	1	2
C	Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado	1	2	1	2	1	2
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.	1	2	1	2	1	2
Comentarios:							

	P21. La sentencia, en su sección considerativa, en base al Tercer Pleno Casatorio Civil, señala perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme.	SI (pasar a P22)	NO	P22. ¿Existe Fundamentación Jurídica?		P23. ¿Existe Fundamentación Fáctica?	
				SI	NO	SI	NO
A	Pérdida de pensiones que tiene como requisito la vigencia del matrimonio.	1	2	1	2	1	2
B	Pérdida de beneficios de seguros que tiene como requisito la vigencia del matrimonio.	1	2	1	2	1	2

C	Pérdida de rentas que tiene como requisito la vigencia del matrimonio.	1	2	1	2	1	2
Comentarios:							

PARTE RESOLUTIVA

P24. Respecto a la Pretensión Principal (divorcio) se declara		
A	Fundada	1
B	Infundada	2
C	Improcedente	3
Comentarios:		

P25. Las partes involucradas solicitan:		SI	NO
A	Indemnización para el cónyuge perjudicado	1	2
B	Liquidación de sociedad de gananciales	1	2
C	Alimentos para el cónyuge	1	2
D	Patria potestad	1	2
E	Alimentos para los hijos	1	2
F	Tenencia	1	2
G	Régimen de visitas	1	2
Comentarios:			

P26. Respecto a las Pretensiones Accesorias se declara:		Fundada	Infundada	Improcedente	No requiere información
A	Indemnización para el cónyuge perjudicado	1	2	3	99
B	Liquidación de sociedad de gananciales	1	2	3	99
C	Alimentos para el cónyuge	1	2	3	99
D	Patria potestad	1	2	3	99
E	Alimentos para los hijos	1	2	3	99
F	Tenencia	1	2	3	99
G	Régimen de visitas	1	2	3	99
Comentarios					

P.27 Se otorga de oficio la indemnización al cónyuge perjudicado:	Sí	No	Pretensión Accesoría (P.26)
	1	2	3
Comentarios:			

DEBIDA MOTIVACIÓN

P28. Respecto a la Fundamentación Fáctica de la Sentencia, considere el nivel de la indebida motivación (Sentencia TC 728-2008-PHC/TC)		Muy Alto	Alto	Medio	Bajo	Muy Bajo	Comentarios
A	Inexistencia de motivación o motivación aparente	1	2	3	4	5	
B	Falta de motivación interna del razonamiento	1	2	3	4	5	
C	Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.	1	2	3	4	5	
D	La motivación insuficiente	1	2	3	4	5	
E	La motivación sustancialmente incongruente	1	2	3	4	5	
F	Motivaciones cualificadas	1	2	3	4	5	
Comentarios							

P29. La sentencia de vista resuelve:	
Confirmar	Aprobar
1	2

OBSERVACIONES GENERALES

P30. Observaciones generales

P31. SÍNTESIS O EVALUACIÓN GENERAL DE LA SENTENCIA

En rasgos generales ¿qué comentarios tienes respecto a la sentencia?

ANEXO N° 03
TÉCNICA-ENCUESTA

CUESTIONARIO

Señor abogado, la presente encuesta es parte del trabajo de investigación que tiene por finalidad la obtención de información acerca de la VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA-DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018. Marque, usted, con una "X":

I. DATOS ESPECÍFICOS

1. Año de Colegiatura

Respuesta: _____

2. Grado Académico

- a) Licenciado
- b) Magíster
- c) Doctor

3. Actividad principal

- a) Abogado
- b) Juez
- c) Fiscal
- d) Docente universitario
- e) Estudiante de postgrado

4. Actividad secundaria

- a) Abogado
- b) Juez
- c) Fiscal
- d) Docente universitario
- e) Estudiante de postgrado

II. PREGUNTAS

1. **¿Considera, usted, que las sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, deben fijar de oficio a favor del cónyuge perjudicado la indemnización por daños?**
 - a) Sí
 - b) No
 - c) No sabe / No opina
2. **¿Conoce, usted, que los jueces tienen la obligación constitucional de motivar debidamente las sentencias que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho y la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado?**
 - a) Sí
 - b) No
 - c) No sabe / No opina
3. **¿Conoce, usted, que en el año 2018, los Jueces de las Salas Civiles de Tacna han expedido sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, incumpliendo su obligación constitucional y legal**

tuitiva de motivarlas debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado?

- a) Sí
- b) No
- c) No sabe / No opina

4. ¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la debida motivación de dicho cónyuge?

- a) Sí
- b) No
- c) No sabe / No opina

5. ¿Considera, usted, que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental al debido proceso de dicho cónyuge?

- a) Sí
- b) No
- c) No sabe / No opina

6. ¿Considera usted que los referidos Jueces al no motivar adecuadamente dichas sentencias y no fijar de oficio la indemnización por daños a favor de cónyuge perjudicado, vulneran el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de dicho cónyuge?

- a) Si
- b) No
- c) No sabe / No opina

7. En su opinión ¿Cuáles serían los motivos por los que los referidos Jueces no suelen fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, pese a que, al aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho, se evidencia al cónyuge perjudicado?

Respuesta:

ANEXO N° 04
GUÍA DE ENTREVISTA

**“VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN
POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO
POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO,
TACNA- 2018”**

GUÍA DE ENTREVISTA

I. DATOS REFERENCIALES

- a. El señor (Magistrado/Especialista/Asistente) del de la Corte Superior de Justicia de Tacna, quien viene laborando en dicho juzgado desde hasta la fecha, es un referente para efectos de la presente investigación, porque justamente viene dando trámite o resolviendo temas de familia, entre otros, el divorcio por la causal de separación de hecho.

En ese sentido, se procede a entrevistar al señor (Magistrado/Especialista/Asistente) en mención, porque conoce la materia que es objeto de investigación. Asimismo, se entrevista al señor (Sr. Srta. Sra.) Magistrado-Especialista-Asistente con el objeto de precisar si existe o no indebida motivación con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación en las sentencias de vista expedidas por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

- b. El señor especialista en derecho constitucional (2), es un referente para efectos de la presente investigación, porque aborda diferentes temas como especialista en dicha materia, entre otros, temas de familia.

En ese sentido, se procede a entrevistarle, porque conoce la materia que es objeto de investigación. Asimismo, se le entrevista con el objeto de precisar si existe o no indebida motivación con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación en las sentencias de vista expedidas por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

II. PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA

MÓDULO I

LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO QUE INCUMPLEN LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL TUITIVA DE MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. A rasgos generales ¿cómo evalúa, usted, la situación de las sentencias de vista que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por la causal de separación de hecho en la Corte Superior de Justicia de Tacna?
2. ¿En qué medida considera, usted, que dichas sentencias de vista deben fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado? ¿Alguna experiencia en particular?
3. ¿Considera, usted, que es una obligación constitucional motivar y fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado? ¿Por qué?
4. ¿En qué medida considera, usted, que los magistrados incumplen con fijar de oficio la indemnización al cónyuge perjudicado? ¿Cuál considera, usted,

que serían las razones para dicho incumplimiento, tomando en cuenta que, como consecuencia del divorcio, por la causal de separación de hecho, siempre hay un cónyuge perjudicado (afectado)?

MÓDULO II

VULNERACIÓN TOTAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

5. ¿Considera, usted, razonable y responsable declarar fundada el divorcio por la causal de separación de hecho y al mismo tiempo no se cumpla con otorgar indemnización al cónyuge perjudicado?
6. ¿Considera que, de no suceder dicha situación, se contravendría la debida motivación? ¿Supondría una causal de nulidad? ¿Alguna experiencia en particular?

MÓDULO III

PREGUNTA / SÍNTESIS

7. ¿En qué medida considera, usted, que las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que resuelven aprobar o confirmar el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar y fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado? ¿Alguna experiencia en particular?
8. Con la no identificación del cónyuge perjudicado ¿considera que se vulneran otros derechos fundamentales aparte de la debida motivación? Esto es: ¿Respecto al cónyuge perjudicado? ¿Respecto al entorno familiar?

ANEXO N° 05
TRANSCRIPCIÓN DE LAS ENTREVISTAS

“VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018”

**GUÍA DE ENTREVISTA
MAGISTRADO SUPERIOR**

Se reserva el nombre del entrevistado en razón que se considera susceptible de protección sus datos, siendo confidencial la misma por el cargo que desempeña.

III. DATOS REFERENCIALES

La señora magistrada superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, es un referente para efectos de la presente investigación, porque justamente viene resolviendo temas de familia, entre otros, el divorcio por la causal de separación de hecho.

En ese sentido, se procede a entrevistarle, porque conoce la materia que es objeto de investigación. Asimismo, se le entrevista con el objeto de precisar si existe o no indebida motivación con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación en las sentencias de vista expedidas por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

IV. PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA

MÓDULO I

LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO INCUMPLEN LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL TUITIVA DE MOTIVAR AL NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. A RASGOS GENERALES ¿CÓMO EVALÚA USTED LA SITUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA?

La mayoría de las sentencias de vista vienen en consulta, en segunda instancia no se puede modificar ni anular, porque la consulta solo es para revisar el procedimiento, si se ha respetado el debido proceso, si se ha notificado debidamente, nada más, o sea, hecho fondo no se ve en consulta.

Y el problema en primera instancia es que los abogados; uno, para mí, los abogados no sustentan debidamente cuando solicitan una indemnización para el cónyuge perjudicado, quieren S/ 10,000.0 o S/ 20,000.00, pero no prueban que quedaron en una situación de desventaja, que se hizo cargo de los hijos, que de alguna forma tuvo que demandar alimentos, lo invocan, pero no lo prueban; el caudal probatorio que ofrecen los abogados, con respecto para acreditar la indemnización es muy poco.

En realidad, estamos en un divorcio de una situación de hecho, se puede decir en realidad, en vía de los hechos ya están separados, no hay mucho interés, cómo puedo decir, en realidad en muy pocos casos, se ve el interés de que se le indemnice, generalmente no inciden en eso.

Me parece que los abogados, cuando interponen las demandas solamente inciden en el tema de la separación, o sea que ya están separados 2 o 4 años, y eso es el tema central sobre el cual plantean la demanda. Respecto a la indemnización algunos, no todos la invocan, pero sin aportar mayor caudal probatorio, muy sutilmente lo señalan, el caudal probatorio que presentan es mínimo, entonces los jueces de primera instancia en base a lo poco, señalan sumas ínfimas; en realidad no se ahonda en el tema. Si está viendo este divorcio como un divorcio remedio, dar solución a una situación de hecho que ya está dado. Generalmente, los cónyuges demandantes están tan cansados que simplemente lo que quieren es el divorcio, no inciden, yo diría que es 0.1% que incide a que lo indemnicen, porque verdaderamente hubo un daño, pero también estás separaciones no son de 2 o 4 años, generalmente son separaciones que vienen de mucho tiempo atrás, 5 o 10 años. El vínculo se ha roto por completo, cada uno ya ha hecho su familia por separado, entonces lo único que quieren es la separación.

2. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA QUE DICHAS SENTENCIAS DEBEN FIJAR DE OFICIO A FAVOR DEL CÓNYPUGE PERJUDICADO POR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Si de los elementos fácticos de la demandad, se advierte que hubo un perjuicio, que hay un desequilibrio económico en la familia, sí se debe otorgar. El problema es el quantum, el

monto, porque a veces, los parámetros que refieren las partes son tan incipientes, son tan mínimos que no van permitir que el juez pueda justificar una indemnización mayor, entonces se da indemnizaciones mínimas, S/ 3000.00 o S/ 5000.00 por 10 o 15 años de separación, porque la parte no acreditó en qué situación de desventaja se encontró. A veces, lo único que tenemos es el proceso de alimentos, que sí que cuando mis hijos eran pequeños tuve que iniciar proceso de alimentos, nada más, pero eso es muy incipiente, para una indemnización de mayor envergadura, entonces lo que se hace es señalar indemnizaciones incipientes. Sumas muy irrisorias. Falta caudal probatorio para indemnizar al cónyuge perjudicado.

3. ¿CONSIDERA USTED QUE ES UNA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL MOTIVAR Y FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿POR QUÉ?

Sí

¿La indemnización al cónyuge perjudicado es de carácter legal, usted, considera que también es de carácter constitucional?

Yo creo que también es de carácter constitucional, porque esta indemnización busca equiparar el desequilibrio en que ha quedado la familia que ha sido abandonado por el cónyuge; entonces si la Constitución protege a la familia que es la regla de la Constitución, entonces esta protección tiene que ser a favor de la familia abandonada, en una situación de desprotección. Lo que sucede es que la norma que está previsto en el artículo 345-A del Código Civil, tal como está es muy genérica, no detalla, lo que es peor, estamos ante situaciones de hechos que ya se han dado, la relación está completamente rota, las partes no le dan la debida importancia, o sea, no se esmeran en probar la indemnización; es más, yo creo que los abogados no detallan, no se ponen a ver dicha situación a detalle, simplemente es defenderse contra el divorcio, aceptarlo, partir los bienes, hacer la liquidación de la sociedad de gananciales, ¿por qué? Porque cuando se separaron, tal vez los hijos eran demasiado pequeños, pero al momento de la separación los hijos ya están grandes, son profesionales, cada uno tiene su vida, lo único que están haciendo es regularizar una situación de hecho. Lo que conversamos alguna vez, ni siquiera, habiendo un bien de sociedad de gananciales, ni siquiera piden adjudicación de la misma a favor del cónyuge perjudicado, que sería lo más ventajoso, piden sumas de dinero que no se van dar nunca.

4. EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA USTED QUE LOS MAGISTRADOS INCUMPLEN CON FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CUÁL CONSIDERA, USTED, QUE SERÍAN LAS RAZONES PARA DICHO

INCUMPLIMIENTO, TOMANDO EN CUENTA QUE, COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO, POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, SIEMPRE HAY UN CÓNYUGE PERJUDICADO (AFECTADO)?

Yo pienso que sí están incumpliendo la obligación esa obligación, porque el Tercer Pleno Casatorio Civil dice que debe señalarse, el problema es que nosotros como magistrados tenemos una formación, se puede decir, ¿no?, todo lo que se afirma se debe probar, no cierto, entonces, si en el proceso de la separación, si el cónyuge o la cónyuge perjudicado no refiere que yo soy el perjudicado y no adjunta esos medios probatorios, no señala el daño que se me ha causado como a, b, c, entonces el juez no se va a pronunciar, porque está esperando que la parte lo alegue que lo pruebe, generalmente eso sucede, como no ha sido referido por la parte, como no ha sido probado por la parte, el juez simplemente incumple.

Yo pienso que la solución debería ser, de que, en el saneamiento, el juez debería o antes del saneamiento, mejor dicho, el juez al momento de calificar la demanda o al momento de la contestación de la demanda, indicarles que, siendo una obligación de él, siendo una obligación del juez pronunciarse sobre la indemnización, requerirles a las partes que aleguen al respecto y que presenten los medios probatorios y para que él tenga los elementos probatorios.

También el pleno de la escritura pública, ha precisado que el juez en cualquier parte del proceso, antes del saneamiento, debe decirles a las partes voy a pronunciarme sobre ese tema, aleguen ustedes y presenten su caudal probatorio. ¿no cierto? Y si es que uno no vulnera el derecho de defensa de las partes, el juez puede hacerlo, entonces, el juez escuchando a ambas partes, el juez tiene elementos para pronunciarse sobre la indemnización, pero el juez está incumpliendo, uno, porque las partes no lo están alegando y dos, está doblemente incumpliendo, porque no les hace saber a las partes que es su obligación pronunciarse y que ellos deben alegar este tema. Entonces, yo pienso, que antes del saneamiento debería, luego de analizar la contestación de la demanda, decirles, es una obligación legal mía y deber de pronunciarme sobre la indemnización; en consecuencia, les otorgo 3 días para que aleguen de quién es el cónyuge perjudicado y la indemnización que debe dárselos y que adjunten sus medios de prueba, con eso, resolver el caso concreto. El problema es que este divorcio, se ha tomado como un divorcio más, como una regularización de una situación de hecho nada más.

MÓDULO II

VULNERACIÓN TOTAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

5. ¿CONSIDERA USTED RAZONABLE Y RESPONSABLE DECLARAR FUNDADA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y AL MISMO TIEMPO NO SE CUMPLA CON OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO?

Declarar el divorcio, sí, porque tiene que cumplirse con los elementos, si se demuestra si tiene que dar por fundada, lo que no está bien, es que no se otorgue indemnización cuando hay un cónyuge perjudicado, eso es lo que debe subsanarse como dijimos anteriormente.

6. ¿CONSIDERA QUE DE NO SUCEDER DICHA SITUACIÓN SE CONTRAVENDRÍA LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿SUPONDRÍA UNA CAUSAL DE NULIDAD? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

No, no hemos venido anulando las sentencias en ese sentido porque como te digo, yo pienso que no vulnera el deber de motivación, lo que vulnera es el debido proceso. Porque habiendo una disposición que dice que el juez debe pronunciarse de oficio y no se está cumpliendo, entonces cuando sube en consulta... la verdad... es que cuando sube en consulta, no se repara en ello, porque asumimos que las partes están conformes y que no se les está causando ningún perjuicio, porque la parte no apela, entonces no se les está causando ningún perjuicio. Yo pienso que hay un mal asesoramiento, el abogado que no orienta debidamente a las partes.

MÓDULO III
PREGUNTA / SÍNTESIS

7. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA USTED QUE LAS SENTENCIAS DE VISTA DE LAS SALAS CIVILES DE TACNA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, VULNERARÍAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, POR NO MOTIVAR Y NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Sobre ¿casos dónde no se ha pronunciado sobre indemnización? Sí, una gran parte de casos dicen, los jueces de primera instancia colocan: *“No se emite pronunciamiento con respecto a la indemnización, puesto que no se ha identificado ningún cónyuge perjudicado”* nada más. Ahí hay una falta de motivación ciertamente ¿no? Pero, la traba es, la parte no apela, yo entiendo que está conforme, el retornar el expediente a primera instancia para decirle, pronúnciate bien, implica muchas veces que el expediente se enrede, sea más grande, el caso se complique, las partes van a alegar sobre la indemnización, porque a veces el aspecto

económico es el más importante en el proceso. Y lo que ellos están persiguiendo es el divorcio.

Por otro, pienso que hay un poco de desequilibrio con el artículo que dice: la separación de los bienes, se da desde el momento que se inicia la separación de cuerpos, en consecuencia, desde que yo me separé hasta ese momento son los bienes comunes. ¿no cierto? Y de acá a 10 años mi divorcio, pero esos 10 años, los bienes que adquirió mi pareja no son míos, sino de cada uno. Un poco eso se equilibra, ¿cómo? La señora se queda con la casa, una casa pequeña, la mejora, la construye, el hijo empieza a trabajar y luego va a venir el papá y se va a llevar la mitad de la casa, ¿no? Entonces, esto tiene su equilibrio en el hecho de que la separación de los bienes desde el momento que se retira el cónyuge de la casa.

Claro, otra cosa es el sufrimiento moral, la desventaja económica en que se ve la parte.

La afectación antes de la interposición de la demanda y después de divorcio. ¿cómo va a quedar esa familia? porque a veces los hijos son mayores de edad, ya no van a recibir la pensión, la señora no solamente se queda sola, sino que también se queda sin la pensión que recibía para los hijos, entonces el menoscabo económico va a ser mayor.

Yo pienso que el código civil debe modificarse en el sentido, de que el cónyuge responsable debe estar obligado a dar pensión de alimentos a la esposa, al esposo, si fuera el caso, hasta que esa cónyuge o ese cónyuge vuelva a contraer matrimonio. porque como en este caso, recibe pensión para los hijos y los hijos son adultos se corta esa pensión, la mujer se queda en el aire, pero es quién cuidó a los hijos. Hay muchas situaciones de desventaja que el código civil tendría que corregir.

8. CON LA NO IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CONSIDERA QUE SE VULNERAN OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES APARTE DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿RESPECTO AL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿RESPECTO AL ENTORNO FAMILIAR? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Sí, se tiene que afectar, porque desde el momento que ese cónyuge perjudicado no es indemnizado, no le damos las condiciones para que queden en una situación no de ventaja, sino de igualdad con el otro cónyuge, ese cónyuge está en desventaja con respecto al cónyuge que se ha ido; en consecuencia, está en menor posibilidad de mantener a su familia, no tiene las mismas posibilidades que el otro cónyuge para atender a su familia; en consecuencia, va a afectar a la familia.

Pero lo que he estado viendo, es que los divorcios ... muy poco se da cuando los niños son pequeños, los divorcios ahora se están dando ... prácticamente regularizar, los hijos ya son adultos, ya están trabajando, los hijos ya son profesionales y está la mamá viviendo con alguno de los hijos, pero en términos concretos sola y el hombre está haciendo su vida por

otro lado o también la mujer ya inició una relación con otra persona, también se da esa situación.

Es lo que buscaba la norma, no estoy de acuerdo con esa norma, porque considero que es facilitarle las cosas al cónyuge responsable, en el divorcio, esa culpa tiene sus castigos, se puede decir, se tiene que indemnizar, puede perder ciertos derechos, los gananciales, los bienes propios. Aquí es facilitarle la vida.

El tema de familia es muy sensible, no es 2+2 es 4, como en tema civil, aquí el tema es la familia, tú puedes afectar el patrimonio, pero no la familia. la relación entre los cónyuges es muy delicada, nosotros podemos decir, él fue el cónyuge responsable, pero también nosotros no sabemos por qué se fue, puede ser que se haya ido, porque se enamoró de otra mujer y formó otro hogar, porque era irresponsable y no quería asumir, puede ser, pero también detrás de eso no sabemos que hay, qué ha pasado, puede ser que la mujer, que realmente, era una persona incontrolable emocionalmente, no permitía una buena relación. Cuando se rompe un matrimonio no es culpa de uno solo ¿no? Entonces en familia, las cosas no son tan sencillas.

“VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018”

**GUÍA DE ENTREVISTA
ASISTENTE DE MAGISTRADO SUPERIOR**

Se reserva el nombre del entrevistado en razón que se considera susceptible de protección sus datos, siendo confidencial la misma por el cargo que desempeña.

I. DATOS REFERENCIALES

El señor asistente del juez superior de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, quien viene laborando desde 2015 hasta la fecha, es un referente para efectos de la presente investigación, porque justamente apoya resolviendo temas de familia, entre otros, el divorcio por la causal de separación de hecho.

En ese sentido, se procede a entrevistar al asistente en mención, porque conoce la materia que es objeto de investigación. Asimismo, se entrevista al señor asistente con el objeto de precisar si existe o no indebida motivación con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación en las sentencias de vista expedidas por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

II. PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA

MÓDULO I

LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO E INCUMPLEN LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL TUITIVA DE MOTIVAR AL NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. A RASGOS GENERALES ¿CÓMO EVALÚA, USTED, LA SITUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA CORTE

SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA? (¿QUÉ TANTO CONOCE SOBRE LAS SENTENCIAS DE VISTA EXPEDIDAS POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA?)

Sí, conozco las sentencias de ese tipo, de hecho, son las más comunes en el Poder Judicial.

2. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA QUE DICHAS SENTENCIAS DEBEN FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Sí, claro, ya se ha desarrollado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, donde se establece que este tipo de divorcio remedio, siempre tiene que existir un pronunciamiento en relación a la indemnización, o sea, el conyuge más perjudicado. Ahora, no sé, si se puede de oficio, el mismo Pleno Casatorio Civil, si bien cierto, hay flexibilidad respecto a las etapas de preclusión... para la presentación... ¿qué ocurre con la indemnización? Entiendo que anteriormente sólo se solicitaba el divorcio y el Tercer Pleno Casatorio Civil habla de que debe existir un pronunciamiento, tanto por jueces de primera instancia como en sala en relación a la indemnización al cónyuge más perjudicado, siempre en cuando las partes lo hayan solicitado, no necesariamente de manera expresa Emiliano evidencia algunos detalles a tener que emitir un pronunciamiento ¿No? De ahí el carácter tuitivo del juez de familia, digamos, se evidencia rasgos, algunos detalles, él va a tener que emitir un pronunciamiento, porque sí, yo he visto casos en el cual vemos que la misma cónyuge en la demanda solo está pidiendo expresamente el divorcio y no quiere indemnización. Entonces, bajo esa lógica no hay indemnización, o sea, sino hay argumentos y medios de prueba, el juez tampoco va generar hechos, porque eso no puede hacerlo, entonces, es verdad que debe haber un pronunciamiento de esta indemnización, pero tampoco eso implica, cuando dice de oficio, no es que el juez vaya a crear hechos, eso no se puede hacer, siempre hay sus limitantes. Y no es que sea una regla general, hay situaciones, yo vi casos, en los cuales la misma parte solo solicita y quiere el divorcio, no le interesa la indemnización, ni narra hechos ni presenta pruebas. En esos casos, no hay razón de emitir pronunciamiento, ¿no?

3. CONSIDERA, USTED, ¿QUE ES UNA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL MOTIVAR Y FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿POR QUÉ?

Considero que sí, pero con ciertos matices, como la misma pregunta lo dice, como esto es un proceso tuitivo, o sea, si el juez de familia, al momento de resolver el divorcio remedio, evidencia, advierte, en tanto sí lo ha solicitado como en el caso que no lo ha solicitado, pero que de los fundamentos se desprende que hay un cónyuge perjudicado, existe, digamos, un cónyuge perjudicado, sí tendría que tutelar ese derecho, pero solo en aquellos casos, ¿por

qué? El hecho de la existencia de la indemnización, no implica que siempre que exista el divorcio por esta causal, el juez necesariamente, va a tener que, a una de las partes, en este caso, al accionante entregarle la indemnización, no quiere decir eso, porque puede haber separaciones de hecho por esta causal donde no haya cónyuge perjudicado, donde las mismas partes, esto es un divorcio remedio, hay un deseo de separarse y no tener una vida en común. Entonces, este tipo de causal no implica obligatoriamente, de que el juez tiene que dar indemnización cuando se produce este tipo de divorcio, sino que el juez cuando devalúa los hechos y advierte que, si hay un cónyuge perjudicado, es decir, que como consecuencia de este divorcio va a sufrir menoscabo, entonces, ahí sí correspondería, solo en esos casos.

4. EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA, USTED, QUE LOS MAGISTRADOS INCUMPLEN CON FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CUÁL CONSIDERA, USTED, QUE SERÍAN LAS RAZONES PARA DICHO INCUMPLIMIENTO, TOMANDO EN CUENTA QUE, COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO, POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, SIEMPRE HAY UN CÓNYUGE PERJUDICADO (AFECTADO)?

Bueno, el tema de experiencia, es verdad que, en este tipo de procesos, por el tiempo que he estado trabajando en sala, sí es verdad, no es muy común que, en este tipo de divorcio, en las sentencias, el juez de primera instancia dé, por ejemplo, indemnización. Generalmente, no sé si sea un cliché, indicando que no se advierte que una de las partes haya ofrecido algún medio de prueba, esto tiene que ver, si bien es cierto, el Tercer Pleno Casatorio Civil, dice que se emita un pronunciamiento respecto al cónyuge perjudicado, en este caso, es un mandato legal, se pide al juez que emita un pronunciamiento y creo que este Tercer Pleno Casatorio Civil da cinco criterios para evaluar, las condiciones de uno de los cónyuges, digamos, que generalmente es en relación a la mujer, digamos: es ama de casa, toda su vida ha estado dedicada al cuidado del esposo y la familia, como consecuencia de esa labor que ella ha efectuado, al existir este divorcio, por ejemplo, usualmente, el varón se ha desarrollado, tiene una profesión o tiene una actividad o un oficio. Aquí, nosotros, en el caso de la señora que se divorcia, como se ha dedicado, digamos, a tiempo completo, a las labores domésticas, hay un perjuicio, es evidente que hay un perjuicio. Es evidente que no se le puede dejar en desamparo, pero es ahí donde se tiene que hacer es una diferenciación, por ejemplo, en este tipo de procesos, también de haber un pronunciamiento con respecto a los alimentos de uno de los cónyuges. En este caso, que te digo, por ejemplo, se podría mencionar una especie de alimentos, digamos, para que la señora pueda sobrevivir, porque si hay un divorcio y no tiene un oficio, porque se ha dedicado exclusivamente a las labores del hogar, tiene un detrimento. Pero, eso no funciona con la indemnización del cónyuge perjudicado, porque en ese tipo de indemnización hay que

evaluar la existencia del daño, entonces, cómo nosotros o cómo el juez de primera instancia sin algún medio de prueba puede determinar la existencia de un daño, ¿cuál sería el daño que sufrió? Entonces, al momento de argumentar la producción del daño, los jueces tienen ese problema para emitir un pronunciamiento sobre la indemnización al cónyuge más perjudicado, porque las partes no hacen una argumentación real o una argumentación correcta para sustentar; asimismo, debe acompañar ciertos elementos de prueba. No quiere decir, o sea, no se puede confundir este tipo de indemnización con la responsabilidad civil contractual, donde hay elementos, son diferentes, pero siempre tiene que haber algún tipo de argumentación y ahí es el problema, no hay esa argumentación en la demanda, porque las partes solo desean el divorcio y lo tienen como si fuera una pretensión accesoria, pero esta pretensión de la indemnización no es una pretensión accesoria, porque tiene que tener un sustento probatorio, tiene que tener argumentos para desarrollar, ese es el problema, yo veo que básicamente, para estimar una pretensión, tampoco el juez puede cometer un abuso y tomarlo como una pretensión accesoria, porque entendemos que las pretensiones accesorias siguen la suerte del principal, aquí tiene que haber mayor argumentación y pruebas, esa valoración, al juez le obliga a emitir pronunciamiento, pero tampoco eso implica, que tenga que estimarlo como una consecuencia del divorcio.

¿Habría una vulneración, si con la indemnización se protege la familia, la solidaridad familiar?

Sí, pero. El Estado brinda una protección especial en relación a la familia y lo que es el matrimonio, pero también es una realidad de que, en el caso, de este tipo de divorcio, cuando existe, ¿qué ocurre? Es una necesidad, ante la existencia de esta causal, donde los cónyuges no quieren hacer vida en común, porque hay una separación real, fáctica, eso tampoco consiste en que el Estado, digamos, no permita la existencia de un divorcio, porque si bien es cierto, existe una un estado de derechos fundamentales, pero también hay una autodeterminación de las personas y esa autodeterminación del individuo, también como ser humano, en este caso, a su desarrollo, puede implicar la existencia de formar una nueva familia... entonces, lo que yo considero, es que Estado debe dar mayores garantías para que en este tipo de divorcio no exista un abuso, que al existir esta separación..., esta indemnización no es una responsabilidad civil, no tiene esa connotación. Este tipo de indemnización es una entrega, un resarcimiento al cónyuge, que al momento de la separación va a tener mayores dificultades para poder desarrollarse, entonces, eso solo se puede advertir o evidenciar de los mismos fundamentos de las partes, cuando las partes al momento de la presentación de su demanda, no necesariamente al momento de la presentación, sino el mismo Tercer Pleno Casatorio Civil habilita que durante el trámite del proceso, incluso hasta antes de la emisión de la sentencia, se puede habilitar, se realiza una

audiencia, se corre traslado, o sea, hay flexibilidad de principios, el juez no puede decir no, ya precluyó, no se puede hacer eso, pero si uno revisa ese pleno, lo que nos está diciendo el Tercer Pleno Casatorio Civil, las mismas partes, insisto esto no es una pretensión accesoria, porque las mismas partes tienen que entregarle al juez, tanto de primera instancia como segunda instancia, las herramientas para que él pueda evidenciar la existencia de un cónyuge perjudicado, cuando él advierta, él sí tiene el deber de proteger, la protección se da a través de la indemnización, ahí se da su reconocimiento. Porque, una regla general que diga que siempre va a existir indemnización como consecuencia de este divorcio, se puede generar un abuso. Y ese no es el tenor del artículo 345-A del código civil, este artículo busca proteger, custodia, cuidar al cónyuge más perjudicado, pero el cónyuge más perjudicado se determinará. no a través de un aspecto de carácter subjetivo del juez, sino a través de los hechos que las partes dan, aún no haya tantas pruebas, no hay que ser bien estrictos, los jueces pueden utilizar las máximas de la experiencia ¿no? existen ciertas presunciones, digamos, quizá en el argumentativo, no debemos ser tan exquisitos, al momento de merituar la prueba, ...pero lo que el juez no puede hacer es crear hechos, eso no está permitido, no le está permitido crear o introducir hechos, que las mismas partes no lo han alegado. Tiene que haber una cierta responsabilidad de las partes de dar los hechos y quizás a nivel probatorio, el juez pueda utilizar las presunciones que le entregan o en este caso, su máxima de experiencia, pero tiene que existir, por lo menos, las partes deben dar los hechos y así el juez pueda desarrollar y advertir la existencia de un cónyuge perjudicado, si lo advierte, el juez tiene que custodiar dicho derecho.

MÓDULO II

VULNERACIÓN TOTAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

5. CONSIDERA, USTED, ¿RAZONABLE Y RESPONSABLE DECLARAR FUNDADA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y AL MISMO TIEMPO NO SE CUMPLA CON OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO?

Bueno, lo que entendí es que se declara fundada la demanda de separación de hecho y a la vez no se entrega la indemnización, bueno, como vuelvo a reiterar, ... yo no veo positivo, el hecho de que, si se estima esta demanda, se tenga que indemnizar como una regla general, porque la función jurisdiccional del magistrado es... Estamos regresando a una regla general, esto es, fundada esto y fundada la indemnización, ¿cómo determinó el monto indemnizatorio?, por ejemplo, es verdad, no tiene las mismas reglas que la responsabilidad que la vemos tanto como extracontractual y contractual, es verdad, pero ¿cómo determino

el quantum? Tiene que haber un nivel argumentativo, yo no creo que sea positivo como de la general, yo creo que el juez tiene que hacer una valoración de los hechos que ofrecen las partes y no tendría que ser tan rígido al momento del ofrecimiento de las pruebas, pero por lo menos, las partes tienen que dar los hechos a efectos de que el juez determine si hay o no un cónyuge perjudicado.

Yo creo que los magistrados en relación a esta pretensión que proviene de la separación de hecho, yo evidencio, que ven que no lo piden, ven que no hay argumentos y utilizan este cliché, quizás tal vez, también lo hayamos hecho, quizás la crítica vaya por ahí, la crítica en el sentido de que tenga que existir una mayor evaluación con respecto a esta pretensión. Eso no significa que se tenga que dar, sino lo que implica es, quizás deba existir una mayor respuesta, una mayor argumentación en relación a este tipo de pretensión y no utilizar frases predeterminadas, a fin de dar una respuesta razonable a las partes. En el sentido, de que debería haber una mayor evaluación y mayor argumentación, pero eso no implica que se tenga que estimar esa pretensión.

6. CONSIDERA QUE, ¿DE NO SUCEDER DICHA SITUACIÓN, SE CONTRAVENDRÍA LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿SUPONDRÍA UNA CAUSAL DE NULIDAD? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Si es que, habido una valoración conjunta, bueno, habría que ver también la nulidad por falta de motivación, ¿no? el hecho de que se tenga una motivación pequeña, una redacción sucinta, no significa una falta de motivación, pero cuando existe una motivación insuficiente también hay un deber del juez superior de no anularla, también si evidencia falta motivación puede complementarla bajo sus propios argumentos, no lo veo posible, salvo que haya una flagrante contravención, se podría anular, pero en caso de que sea una motivación aparente, el juez superior tenga anular. Hay una resolución del Consejo Ejecutivo, en este tipo de motivaciones aparentes, insuficientes, cuando una haya motivación evidente, claro, corresponde anularla, pero si existe la posibilidad de ser subsanado ante el superior, la regla general, debe ser siempre que no se anule las sentencias de primera instancia.

MÓDULO III

PREGUNTA / SÍNTESIS

7. EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA, USTED, QUE, ¿LAS SENTENCIAS DE VISTA DE LAS SALAS CIVILES DE TACNA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, VULNERARÍAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, POR NO MOTIVAR AL

NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO?

Casi no he visto que no haya motivación respecto a esta pretensión, generalmente siempre hay pronunciamiento, pero el problema es que son argumentos, digamos, predeterminados, es como que ellos, ya tienen un cliché lo copian y lo pegan.

Quizá la crítica vaya por ahí, en el sentido, no es que no exista una motivación, porque, por lo menos en el caso particular, en este tipo de procesos, siempre hay un pronunciamiento del juez de primera instancia respecto a esta pretensión, porque hay un mandato del artículo 345-A del Código Civil y Tercer Pleno Casatorio Civil, entonces siempre hay un pronunciamiento, la crítica quizás vaya en el sentido de que, también con colaboración de las partes, porque al no dar ni argumentos ni medios de prueba, entonces el juez utiliza este tipo de argumentación, y quizás, tendría que desarrollarlo con mayor grado de motivación, pero de todas maneras, se evidencia que las mismas partes no lo solicitan, vez que su único objetivo es el divorcio y el juez evidencia que no hay cónyuge perjudicado, tampoco considero que haya una afectación tan grave, o sea, no resulta siendo trascendente. Habría que ver cada caso, a menos que apelen, pero rara vez apelan el extremo de la indemnización.

“VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018”

**GUÍA DE ENTREVISTA
ESPECIALISTA DE JUZGADO**

Se reserva el nombre del entrevistado en razón que se considera susceptible de protección sus datos, siendo confidencial la misma por el cargo que desempeña.

I. DATOS REFERENCIALES

La señorita Especialista de Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna, quien viene laborando en dicho juzgado desde 2017 hasta la fecha, es un referente para efectos de la presente investigación, porque justamente viene dando trámite a temas de familia, entre otros, el divorcio por la causal de separación de hecho.

En ese sentido, se procede a entrevistar a la especialista en mención, porque conoce la materia que es objeto de investigación. Asimismo, se entrevista a la señorita especialista de Juzgado con el objeto de precisar si existe o no indebida motivación con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación en las sentencias de vista expedidas por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

II. PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA

MÓDULO I

LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO E INCUMPLEN LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL TUITIVA DE MOTIVAR AL NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. A RASGOS GENERALES ¿CÓMO EVALÚA, USTED, LA SITUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA? (¿QUÉ TANTO CONOCE SOBRE LAS SENTENCIAS DE VISTA EXPEDIDAS POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA?)

Llevo casi 4 años laborando en el Juzgado de Familia de la Corte y casi 10 meses y un poco más, trabajé en la Sala Civil, de esa forma he podido conocer la opinión de primera y segunda instancia, en cuanto a las sentencias. Ahora, por mi trabajo como secretaria conozco la normativa, porque es una herramienta que usamos sobre todo el código civil y código procesal civil de acuerdo a los procesos que llevamos. El divorcio por la causal de separación es el proceso más usual interpuesta por las partes, es la causal más planteada.

2. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERAS QUE DICHAS SENTENCIAS DEBEN FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Las demandas interpuestas, la mayoría y esto lo puedo corroborar, porque tuve la oportunidad de calificar con otros magistrados, la mayoría son separación de hecho, porque es una causal netamente y sencilla, requiere que las partes, el demandante o el demandando, acrediten un determinado de tiempo separación, nada más, no hay otra situación. Ya la complicación viene cuando la parte demandante alega, no solamente la separación, sino también indemnización por los problemas que han tenido al momento de separarse, todo esto, en cuanto a las mujeres ¿no? ¿Por qué? Porque, uno cuando forma una familia, separarse de por sí, ya es un problema. No solamente es la parte emocional, sino también todo lo que implica en cuanto a las obligaciones, sobre todo la parte que se queda con los hijos, quien debe iniciar otro tipo de procesos, eso genera, el daño moral. Entonces, sé que el Tercer Pleno Casatorio, es el que más habla respecto a la indemnización, establece cierto tipo de criterios en cuanto a que, qué es lo que se debe hacer, pero ... la verdad es que el Tercer Pleno Casatorio es muy garantista, por decirlo menos, lo que establece, en realidad, aunque la parte demandante no lo solicite, pero en sus fundamentos de hecho señale que ha sido, por ejemplo, afectado en algún sentido por esta situación de separación, entonces debe examinarse la indemnización como una causal. El problema, aquí, de pronto, para mí, este en cuanto tú tocas eso de la fundamentación, ¿cómo debe hacerse, en base a qué yo voy a determinar? ¿cuál sería el monto indemnizatorio? Entonces eso es un criterio, porque usualmente en esta pretensión las partes ya establecen de acuerdo a sus medios probatorios, en base a esa cantidad el juzgado examina los medios probatorios y en base a eso lo determina, pero cuando habla de oficio, significa que los juzgados o en segunda instancia, por ejemplo, se puede añadir de alguna forma, pueden ampliar, tendrían que tener un criterio establecido, en base a qué hechos o elementos vamos a empezar a fijar una indemnización, por ejemplo, las damas mencionan, uno, su proyecto de vida matrimonial, al romperse la relación por x motivo, su proyecto de vida se vio truncada y dos, la pareja que se va siempre se desobliga de la pensión por meses o los bienes no son determinados. Entonces, esta situación ocasiona problemas, ocasiona un daño emocional, aparte,

usualmente, la parte que se va tiende a buscar una nueva pareja, entonces suele suceder la parte no solamente tiene que iniciar trámite del divorcio, sino tiene que incoar otro tipo de procesos alimentos, tenencia y otros. El hecho que se señale, para Tercer Pleno Casatorio Civil un punto fundamental para determinar si corresponde dar una indemnización al cónyuge perjudicado. Aquí, es necesario precisar que no hay un cónyuge culpable, porque no es un divorcio sanción. La separación de hecho solo implica la calificación de tiempo. Entonces los juzgados están obligados a examinar cada uno de los fundamentos de hecho de las partes, si ven que hay una alegación del daño, entonces sí tendrían que fijar una indemnización. La labor de la segunda instancia ... hay muy pocos vocales que se pronuncian... si la segunda instancia afirma que la primera instancia no ha examinado los argumentos de la parte demandante, quien ha sufrido un daño determinado; por lo tanto, tendría que ser indemnizado, entonces estoy hablando de una falta de motivación, lo que conlleva a la nulidad de la sentencia; entonces, la segunda podría instancia podría confirmar y fijar un monto indemnizatorio.

Mi mente pronunciar entonces la sala tendría que actuar como como primera instancia nuevamente y llevar a cabo o actuar pruebas y eso como que es complicado, ¿Por qué? porque si tomamos en cuenta, por ejemplo, dentro de la primera instancia no se fija como punto controvertido, esto es, establecer si a la parte demandante corresponde un monto indemnizatorio, por ende, no habrían pruebas; en ese sentido, no se han actuado, el juez ha admitido prueba o actuado pruebas de oficio, nada. Entonces, cómo segunda instancia podría pronunciarse, tendría que haber una resolución complementaria de los de los puntos controvertidos, es un poco complejo.

Entonces se devuelve a la primera para que se corrija lo que se tiene corregir, entonces corresponde ampliar la resolución respectiva. Ahora es cierto, que en la etapa de puntos controvertidos las partes se ciñen en la demanda y la contestación, pero no solo nos ceñimos a eso, entonces el juzgado incorpora el punto controvertido correspondiente, eso permite admitir pruebas y actuar pruebas, a su vez, la sentencia pueda estar debidamente fundamentada.

Ahora en el divorcio por la causal de separación de hecho se debe acreditar las alegaciones...

3. ¿CONSIDERA, USTED, QUE ES UNA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL MOTIVAR Y FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿POR QUÉ?

El divorcio por la causal de separación no es un tipo de divorcio sanción. Sí hay una obligación constitucional, la misma que ha sido desarrollado en el artículo 345-A y el Tercer Pleno Casatorio Civil. Tiene una aplicación obligatoria para cualquier órgano que

tenga que ver este tipo de procesos, sí la norma lo establece, pero la situación, aquí, es una cosa lo que plantea la norma... hay que ver de dónde se desprende, se debe desprender de la propia demanda, no basta con que alguien te ponga la causal, por ejemplo, hay demandas donde de manera muy escueta, especialmente, los varones, me acuerdo, lo plantean indicando que se han separado muchos años y no tienen hijos menores y no cabe indicar el motivo de la separación... así nada más, ahí, no dice nada, simplemente dice que con el plazo de ley y solicita el divorcio, no dice nada con respecto a la afectación. En ese caso, cabe la pregunta, ¿hay un cónyuge perjudicado? Yo creo que no. Eso sí, está la base la legal, pero también tiene que ir de la mano y coincidir con las herramientas o con el fundamento de las partes para poder determinar la afectación. Sí es un derecho constitucional.

4. EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA, USTED, QUE LOS MAGISTRADOS INCUMPLEN CON FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CUÁL CONSIDERA, USTED, QUE SERÍAN LAS RAZONES PARA DICHO INCUMPLIMIENTO, TOMANDO EN CUENTA QUE, COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO, POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, SIEMPRE HAY UN CÓNYUGE PERJUDICADO (AFECTADO)?

Este tipo de causal solo requiere cumplir con el tiempo para solicitar el divorcio.

Una parte importante, considero que es desconocimiento, no del artículo, sino de todo lo que implicar fijar una indemnización al cónyuge perjudicado, eso puede ser, ¿por qué? Porque el Tercer Pleno Casatorio Civil lo establece de manera muy precisa, o sea, detalla cómo es que debería hacerse.

Pero deber haber una forma de que esto se viabilice, me refiero a, que si de la demanda lo determino, entonces tengo que ponerlo como punto controvertido, si lo pongo como punto controvertido tiene que existir medios probatorios que refieran a ello, luego hay que actuar sí lo amerita, luego generar un debate con las partes...esto es una razón, yo considero de manera general, que los juzgados omiten y se centran en lo que las partes alegan, a parte las partes no lo reclaman. Sino tengo los elementos no me pronuncio.

Ahí el juez tiene dos alternativas, la parte demandante no ha alegado ningún hecho de daño, simplemente ha alegado solo la demanda de divorcio, entonces, ahí no se contraviene nada; pero, por el contrario, si de los fundamentos de la parte demandante se ve la existencia de esta situación particular ¿no? la separación de hecho todo lo que genera, entonces, ahí, sí estaría contraviniendo. ¿por qué? yo pienso que se desconoce la norma, en todo caso lo que dice el Tercer Casatorio Civil, porque, de pronto, el juez piensa que la parte necesita plantearlo. La otra sería, para mí, para no complicar el proceso omite esa parte, no fija como punto controvertido y saca la sentencia en base al petitorio (...).

Si bien es cierto, se omite pronunciar, pero la segunda instancia, examina dicho extremo, siempre en cuando la primera instancia lo fije. (...) asimismo, en primera instancia, se examina escuetamente la indemnización, es una obligación legal, usualmente cuando hay menores.

MÓDULO II
VULNERACIÓN TOTAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA
MOTIVACIÓN

5. ¿CONSIDERA, USTED, RAZONABLE Y RESPONSABLE DECLARAR FUNDADA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y AL MISMO TIEMPO NO SE CUMPLA CON OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO?

Sí, porque sería un cumplimiento de la norma que establece eso, pero siempre en cuando, se desprenda la indemnización de sus fundamentos de hecho, porque el Tercer Pleno Casatorio Civil lo exige, el examen proviene de lo que la parte dice, si la parte no dice nada, no puedo inventar los hechos, la parte tiene que proporcionar hechos (...) entonces el juez está en la obligación de pronunciarse, señalar como punto controvertido ya que va ser materia de examen, entonces el juez va a poder actuar pruebas y exigir más, si corresponde; por ende está obligado a pronunciarse en la sentencia, esto es conforme a ley. En las pruebas es distinto, si se va pronunciar de oficio, de oficio también puede pedir pruebas de oficio (...) por ejemplo, se señala proceso de alimentos, esto obviamente va servir para establecer la indemnización, ¿por qué? Se ve que además de haber sufrido la separación de hecho, o sea, la parte ha tenido que demandar al progenitor, simplemente para pedir lo que corresponde, para los hijos, esto es, los alimentos, eso genera una situación emocional que daña un poco como persona, la verdad, esa compensación no es más que moral, entonces, si esto está fundamentada obliga al juez a pronunciarse y a velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado. Pero esto tiene que examinarse correctamente, (...) en este tipo de daños, haya por parte del accionante, por lo menos una fundamentación jurídica, aunque sea básica, sería perjudicial que el juez se invente los hechos o piense lo que podría haber pasado y fije una indemnización, cuando la parte ni siquiera lo dice que sufrió algún perjuicio (...) lo cual puede generar un perjuicio al proceso, ni siquiera a la parte, porque obviamente la sala va a anular, entonces todo el tiempo transcurrido genera perjuicios, entonces tiene que haber lo que establece el Tercer Pleno Casatorio Civil, como una base para que yo me pueda pronunciar (...).

6. ¿CONSIDERA QUE, DE NO SUCEDER DICHA SITUACIÓN, SE CONTRAVENDRÍA LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿SUPONDRÍA UNA CAUSAL DE NULIDAD? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Sí se contravendría el debido proceso. El hecho de haber mencionado, tengo que examinar y llegado el momento me toca hablar sobre eso, entonces tal vez de forma vaga y no lo hago, eso es falta de motivación para mí; pero el hecho que se omita, no es falta de motivación, eso acarrea una nulidad, porque se estaría contraviniendo el debido proceso, desde la etapa de fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, entonces todo eso se cae.

Ahora, si el juez establece como punto controvertido y al momento de emitir la sentencia lo hace de forma vaga, no señala cuáles son los medios probatorios que le permitido estimar o desestimar la indemnización, entonces así declara fundada o infundada; entonces, ahí, sí habría una contravención total.

Obviamente, el juez tiene la obligación de pronunciarse respecto a la indemnización, está establecido, pero sí siempre cuando, como yo lo digo, las partes permitan establecer una situación de hecho que ocurrió durante la separación, lo que permita determinar que haya ocurrido y cabría examinar esta situación, una vez establecida y si el juez, lamentablemente, no hace un correcto examen, no señala cuáles son los medios probatorios por lo que se funda, (...)

Muchas veces la demanda de divorcio por la causal de separación, la separación de hecho no es concretamente dos años, sino que data de muchos años, muchas veces cuando interponen la demanda los hijos son ya mayores de edad. Ahí, es un poco complejo, ¿qué hacen los jueces? Usualmente, lo jueces en la mayoría de los procesos establecen una pauta, una estructura de la sentencia para poder pronunciarse y no se omita ningún punto lo que no se da ningún; eso ha permitido que el proceso sea mucho más ágil el pronunciamiento, de esta forma, las sentencias que subido a segunda instancia muy rara vez han regresado.

La mayoría de las sentencias, se ha confirmado y cuando ha regresado se ha ejecutado. Entonces, es este tipo de proceso es complejo cuando hay hijos menores, bienes (...). Donde hay pelea sobre indemnización es en los demás tipos divorcio.

Entonces, sería bueno que cuando hayas hijos menores de edad, la sala analice tema de la indemnización en el divorcio por la causal de separación de hecho, la cónyuge abandonada sufre una tensión emocional...

7. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA, USTED, QUE LAS SENTENCIAS DE VISTA DE LAS SALAS CIVILES DE TACNA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, VULNERARÍAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, POR NO MOTIVAR AL NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO?

Tenemos que ser claros, quién motiva es primera instancia lo que hace segunda instancia realidad revisar los fundamentos de la motivación. Entonces no habría indicar que la segunda instancia no ha motivado, por ejemplo, cuando primera instancia ni siquiera ha cumplido con ponerlo en algún considerando o señalarlo como algo que se ha pronunciado, en todo caso, en la parte resolutive, poner infundada la indemnización o establecer en todo caso que no corresponde.

Entonces la segunda instancia, en sí, para mí no tiene un deber de motivación, no lo tendría si no se ha pronunciado, solamente cabría pronunciarse, como te repito, si en la primera instancia lo plantea. En todo caso, la sala advierte dicha situación, que hay fundamentos de hecho y hay situaciones por las que cabría pronunciarse sobre minimización, entonces la sala lo que tendría que hacer es corregir de alguna forma o dar unas indicaciones para corregir y que se respete el debido proceso. Si la sala, más bien, considera que quiere actuar como primera instancia y quiere dar un fundamento, en todo caso, señalar que se estima o desestima tal situación, tendría que hacer toda la corrección previa. Lamentablemente, estamos hablando de retroceder muchos pasos.

Lo que me planteas tú, siempre y cuando, la primera instancia lo haya establecido en su sentencia, en algún momento lo menciona, o sea, haya sido materia examen la indemnización, entonces la sala, al momento de emitir el pronunciamiento lo confirma la sentencia de primera instancia, y agrega una que otra situación (...) cuando se confirma no se hace un mayor análisis del que está, lo que en realidad hace, es corroborar el examen que se hizo en primera instancia (...). Más bien cuando revocan deberían fundamentar y motivar, dando un giro 360° y decir que no corresponde, ahí sí, pero en el caso de confirmar... pero si declaran fundada en parte, ahí sí, aumenta la indemnización o la reduce, ahí podría examinarse cuál ha sido la motivación de la sala. Si hay una motivación escueta, ahí podríamos hablar respeto al debido proceso, siempre en cuando se haya fijado bien en primera instancia un monto "x" y segunda instancia diga no estamos de acuerdo con ese monto, debería ser más o menos, ahí cabría, hablar por ejemplo de debida motivación. Hubo sentencias en ese sentido, cabría preguntarse, yo te diría que no, porque yo visto ese tipo de sentencias y cuando es de oficio no, porque no hay un monto que cuestionar... yo he visto más bien cuando las partes lo solicitan sí, porque se cuestionan el monto (...).

Yo considero que, en familia, se debe tener un criterio establecido, que lo tengan todos los juzgados de familia, porque eso incide mucho en la predictibilidad jurídica, es decir, yo sé que si voy a cualquier juzgado de familia y van a pronunciarse correctamente por una determinada pretensión que yo interponga, va a tener el mismo camino.

“VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018”

**GUÍA DE ENTREVISTA
CONSTITUCIONALISTA 1**

Se reserva el nombre del entrevistado en razón que se considera susceptible de protección sus datos, siendo confidencial la misma por el cargo que desempeña.

I. DATOS REFERENCIALES

El señor ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL 1, es un referente para efectos de la presente investigación, porque aborda diferentes temas en su centro de trabajo, entre ellos, temas de familia.

En ese sentido, se procede a entrevistar, porque conoce la materia que es objeto de investigación. Asimismo, se le entrevista con el objeto de precisar si existe o no indebida motivación con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación en las sentencias de vista expedidas por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

II. PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA

MÓDULO I

LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO E INCUMPLEN LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y TUITIVA DE MOTIVAR Y FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. A RASGOS GENERALES ¿CÓMO EVALÚA USTED LA SITUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA?

Sí, tengo conocimiento, a nivel de mi trabajo y la institución he tenido consultas, por parte de las afectadas justamente por la preocupación de que en las sentencias no se establecía la indemnización, desconocían si es que esto, habría que solicitar en la demanda o era de oficio, eso era la duda, eso era la consulta.

2. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA QUE DICHAS SENTENCIAS DEBEN FIJAR DE OFICIO A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO POR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Yo considero que sí, porque que una persona una su vida a otra persona y por “x” motivo se tengan que separar, hubo un tiempo invertido, hubo un tiempo en la cual han compartido un espacio de su vida, a larga, existe un perjuicio, si bien es cierto, no es perjuicio muy posible de medir, pero sí es un perjuicio, porque a la larga se ve afectada su propia situación social, porque el hecho de estar divorciada y el hecho de quedarse con los hijos, siempre es un perjuicio. Yo considero que sí, debe ser de manera automática, inclusive.

3. ¿CONSIDERA USTED QUE ES UNA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL MOTIVAR Y FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿POR QUÉ?

Yo considero que más que todo, cuando aborda los derechos fundamentales, el objetivo de los derechos humanos, es justamente, generar un estado de bienestar de la persona, desde el momento que la persona se ve afectada en cualquiera de sus derechos fundamentales, bajo cualquier forma, ya hay una vulneración y una afectación. Entonces la Constitución lo que ampara es que la plenitud de los derechos fundamentales, en este caso, se tiene que dar en su máxima extensión. No solamente en los derechos fundamentales personales, sino en los colaterales, los anexos.

Por ejemplo, vivir en un ambiente sano, ¿cuál sería lo colateral ahí? Que tengamos derecho al agua, que no estaba en la Constitución y ahora se ha incluido, más adelante va venir el derecho a tener un aire limpio ¿no? Que puede darse a futuro. Aquí es algo muy parecido acá, si bien es cierto, no es un derecho fundamental directo, pero sí es un accesorio que es Constitucional, definitivamente que sí lo es.

4. EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA USTED QUE LOS MAGISTRADOS INCUMPLEN CON FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CUÁL CONSIDERA USTED QUE SERÍAN LAS RAZONES PARA DICHO INCUMPLIMIENTO, TOMANDO EN CUENTA QUE, COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, SIEMPRE HAY UN CÓNYUGE PERJUDICADO (AFECTADO)?

Yo considero que no están ejerciendo el control difuso, porque hay que tener presente que el concepto familia, como unidad básica de la sociedad, que tiene un nivel Constitucional; en consecuencia, el término familia es Constitucional. La interpretación que tiene que hacer el juez es en ese contexto. Muchas veces, se incurre en algunos jueces, se ha una interpretación estrictamente legal y si la ley no lo dice, no lo hago, es por eso, que a veces, los plenos casatorios resultan ser muy útiles y surge la divergencia. Yo he podido observar que muchos plenos que tienen esa vinculación obligatoria, muchos jueces por esta duda interpretativa, me refiero a una duda más que todo legal, no Constitucional, es por eso que, cuando llegan al campo Constitucional no toman en cuenta la jerarquía de las normas; entonces el nivel de perjuicio, si nosotros hablamos de perjuicio, generalmente se ha desarrollado, perjuicios más que todo patrimoniales, si tu inviertes 100 y pierdes los 100 por culpa de deudor, deben indemnizarlo y hay un perjuicio económico. Pero, aquí no estamos hablando de un perjuicio económico, sino estamos hablando de un perjuicio moral, entonces, sí tiene un contexto Constitucional, yo creo que no se está haciendo una debida interpretación del perjuicio desde un punto de vista Constitucional o desde un punto de Vista de Derechos Fundamentales, quizá de eso se adolece.

Por lado, sí considero, que no hay que esperar, creo yo, que exista una interpretación a través de una jurisprudencia Constitucional, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala muy claramente que los jueces cuando interpretan la Constitución, no solamente se deben valerse de la legislación nacional, sino de la jurisprudencia supranacional; en consecuencia, para ello tenemos los tratados internacionales y los protocolos de los cuales, el Perú ha suscrito. Se señala muy claramente ahí, las dos líneas supranacionales que tenemos, que es justamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Americana de Derechos Humanos y la propia Comisión de las Naciones Unidas, entonces ya hay un marco internacional, entonces eso es lo que falta un poco interpretar a nivel de nuestra legislación. Tal ello, sea una de las posibles causas.

La otra es, obviamente, que no está tipificada de manera muy precisa y esto ocurre mucho con el tema del famoso “criterio de consciencia de los jueces”, la ley no te dice cómo tú aplicas el criterio de consciencia... la sana crítica... y eso tipo de aspectos que bueno, el día hoy ha sido suplido, de alguna manera, porque no todos lo están comprendiendo de esta manera, con la famosa argumentación jurídica y que a la vez va de la mano con la interpretación Constitucional.

Esas maneras, creo yo, se deberían adoptar en las sentencias. Hay una sentencia, que me gustó y encantó de Locumba, donde si bien es cierto, la ley no lo señalaba, era un tema sobre discapacidad, no lo señalaba la ley, entonces el juez optó por jalar en la sentencia el protocolo firmado por Perú, Protocolo de San José, sobre las personas con discapacidad y

lo aplicó dentro de la justicia peruana, yo lo felicité al juez, porque no era una práctica normal.

Otra práctica interesante, es de un fiscal, el caso del soldado que desapareció y luego apareció en Tacna, se quería archivar el caso en el Ministerio Público, porque el tema había sido tomado por desaparición, pero como apareció, cerrado el caso. Yo le dije al fiscal, un ratito, de acuerdo al criterio de consciencia, de acuerdo a la investigación que tiene que hacer el Ministerio Público y de acuerdo a los Tratados Internacionales, esto se califica como tortura, le dije, hay un Protocolo de Roma, un Protocolo de Viena, hay protocolos internacionales. El fiscal modifica su resolución y amplía a la desaparición por tortura, se recomendó eso. ¿Qué ha logrado este fiscal? Que este caso emblemático, se ha logrado que el caso se traslade a la Fiscalía de Tortura en Lima. yo creo que esa práctica ayudaría mucho, en el caso de familia. Hay que buscar una interpretación Constitucional, si hubiere un vacío legal, yo creo que se puede suplir con esto tipo de jurisprudencias, estoy seguro que existe y es viable.

... nosotros coincidimos y entendemos a los jueces, porque la función de los jueces es interpretar la ley, solo cuando ve el conflicto decide por la Constitución, aplica el control difuso, pero no se tiene claro la interpretación Constitucional. Entonces, lo que sí nos quedó claro es que los criterios son criterios; mientras no sea norma, siempre va a tener ese relieve, si lo toco o no lo toco, sino invento el mío, ¿no? Lo interesante, sería cómo incorporamos el criterio a la norma. Capaz ello sería el camino, ahí podría ser el aporte.

MÓDULO II

VULNERACIÓN TOTAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

5. ¿CONSIDERA USTED RAZONABLE Y RESPONSABLE DECLARAR FUNDADA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y AL MISMO TIEMPO NO SE CUMPLA CON OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO?

Yo considero que no es razonable sino toman en cuenta eso, por cuanto así las partes no quieran indemnización, el juez tiene la obligación de señalarlo; si las partes no quisieran, ¿no? Yo creo que debería haber un perjuicio simbólico, en todo caso, porque así la norma lo expresa, el Código Civil. entonces no sería razonable no considerarlo.

Ahora, otro tema sería, si el juez, supongamos, yo creo que eso sería otro tema, de que el juez señale que las partes acuerdan no indemnizarse por nada, entonces, yo me pregunto, ¿el juez está en la facultad de negar un artículo del Código Civil? si la ley dice claramente que se debe detectar al cónyuge perjudicado. Ahora, qué tipo de perjuicios, yo creo que eso

hay que normar, porque el perjuicio tiene varias características y varios tipos. Ahora, por qué lo jueces no han tomado esa decisión, yo creo que están en esa controversia (mental, espiritual y legal), esto es, qué tipo de perjuicio es lo del cónyuge perjudicado. Desde mi punto de vista, es un perjuicio moral, definitivamente, lo tengo claro, porque es a nivel Constitucional; pero también hay que tener presente que, en la práctica judicial, el perjuicio se ha relacionado mucho con la parte patrimonial, daño, el famoso daño, ¿no? Ahí creo que debe una modificatoria legal, para aclarar eso, si la norma lo señala no sería razonable no considerarlo. Podría caer, en nulidad posterior, podría ser impugnado incluso a nivel constitucional.

6. ¿CONSIDERA QUE DE NO SUCEDER DICHA SITUACIÓN SE CONTRAVENDRÍA LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿SUPONDRÍA UNA CAUSAL DE NULIDAD? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Yo creo que sí, completamente, inclusive podríamos invocar ahí, hasta el proceso Constitucional, muy aparte de la nulidad. Habría que ver y por procedimiento esperar la última instancia. Inclusive, exagerando un poco, ha salido una jurisprudencia mexicana de hace varios años, que señala que, para recurrir al órgano supranacional, si en caso, fuera la opción, en Perú no hay una buena opción para resolver esto, tú puedes presentar en cualquier etapa del proceso. Es una jurisprudencia que rompe todos los esquemas procesales, entonces, yo podría ir a algo muy extremo, por ejemplo, el derecho a la defensa, el derecho a la defensa está consagrado Constitucionalmente, está consagrado como gratuito Constitucionalmente y supranacionalmente, cuando uno presenta un recurso de casación uno tiene que hacer un pago, sino lo hago, no procede la casación, entonces se me está vulnerando el derecho de defensa, yo podría irme al órgano internacional. Podría darse, esa figura también.

MÓDULO III

PREGUNTA / SÍNTESIS

7. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA USTED QUE LAS SENTENCIAS DE VISTA DE LAS SALAS CIVILES DE TACNA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, VULNERARÍAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, POR NO MOTIVAR AL NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?.

Si podríamos calificar en una medida total, parcial. Yo diría que sería total, definitivamente, el hecho que no consideres, lo que señala la ley y teniendo la obligación de hacerlo, yo creo

que genera más perjuicio, inclusive, ¿no? Ahora, yo agregaría a tu pregunta, no solamente, es la debida motivación, o sea, la consecuencia de no cumplir la motivación, violaría el derecho a la familia, a la dignidad, incluso el derecho de tutela a los hijos, porque se presupone que ese perjuicio, va ir en beneficio de la familia que queda.

No es una ganancia, no es un premio, simplemente es cubrir una necesidad futura, yo me pongo en el hipotético caso que tenga una afectación psicológica la otra persona, que el hombre se haya ido por voluntad propia, hizo su abandono voluntario y lo hubiera dejado en abandono total, capaz por lo años, la señora se ve obligada a aceptar, porque la ley dice 2 o 4 años, esos dos años la pobre señora, se tuvo que valer por sí sola, pero ¿el daño moral, el daño psicológico? El tratamiento psicológico... Son muchas cosas.

8. CON LA NO IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CONSIDERA QUE SE VULNERAN OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES APARTE DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿RESPECTO AL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿RESPECTO AL ENTORNO FAMILIAR? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Sí, cónyuge y entorno familiar, porque una familia se quiebra, se rompe, la afectación es para todos, no solamente para el cónyuge perjudicado o perjudicada. Es para todos, el núcleo familiar, cuando se quiebra, la afectación se da en muchos sentidos, no solo es la penal, la tristeza, el dolor, el desengaño, la parte psicológica; sino es la consecuencia, a futuro de lo que significa una separación, y eso significa (valga la redundancia) de que, si hay hijos, su producción intelectual en el colegio, su desarrollo evolutivo, la ausencia de uno de los padres, sí hay una afectación a futuro.

Nadie dice que se va a morir, nadie dice que va terminar mal, sino que esa afectación puede marcar su propio futuro, y el hecho de que exista el compromiso de que uno de los cónyuges se acerca a la familia, yo creo que forma parte de la indemnización, inclusive, ¿no? En el sentido, de que ese apersonamiento o no romper la conexión con la familia forma parte de una indemnización para aquellos que conforman la familia, que son los hijos, el esposo o la esposa, afecta. Yo creo que sí, sin exagerar, todo el rubro de derechos colaterales al derecho a la dignidad, sobre todo a la familia.

Yo creo que, si la Constitución protege y defiende a la familia, también tiene que indicar sus consecuencias, yo creo que se hizo bien en abordar en el Código Civil, al buscar al cónyuge perjudicado.

Lo que yo considero, que sí, los criterios del Tercer Pleno Casatorio Civil que resulta de mucha importancia, deberían incorporarse como una ley especial, está situación especial (divorcio por la causal de separación de hecho), sí amerita un trato especial, en ese sentido,

tal vez a futuro. Así como, se dio, por ejemplo, la ley de Violencia Familiar, un caso muy especialísimo.

Ahora, yo diría, la práctica de la violencia familiar de un hogar constituido, en la cual, no hay separación, pero sí hay agresión. Yo creo que el daño de una separación de familia tiene sus rebites de violencia, por las consecuencias que origina, porque el cónyuge perjudicado ya tiene una aversión y cólera que no va a reflejar contra el cónyuge, porque no está, va caer en los que quedan, que son los hijos, hay muchas situaciones por analizar. Sería interesante dar un análisis sociológico al tema, porque va a ser coadyuvante. El Neo Constitucionalismo y la teoría tridimensional del derecho no hay que dejar de lado. Porque, definitivamente, se ha llegado a la conclusión, de que análisis legal es muy importante y hay que relacionarlo con el problema social, y se ve que el mundo está quebrado. Ahí nosotros hacemos el puente, la buena enseñanza que nos han dado, nos da buenos puentes. Se detecta con mucha facilidad esa desconexión, ese quiebre de los abogados frente a la realidad social.

“VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018”

**GUÍA DE ENTREVISTA
CONSTITUCIONALISTA 2**

Se reserva el nombre del entrevistado en razón que se considera susceptible de protección sus datos, siendo confidencial la misma por el cargo que desempeña.

I. DATOS REFERENCIALES

El señor ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL 2, es un referente para efectos de la presente investigación, porque justamente como Constitucionalista y docente universitario aborda diferentes materias.

En ese sentido, se procede a entrevistarle, porque conoce la materia que es objeto de investigación. Asimismo, se le entrevista con el objeto de precisar si existe o no indebida motivación con relación a la indemnización al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de separación en las sentencias de vista expedidas por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

II. PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA

MÓDULO I

LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO E INCUMPLEN LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y TUITIVA DE MOTIVAR DEBIDAMENTE Y FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. A RASGOS GENERALES ¿CÓMO EVALÚA USTED LA SITUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE VISTA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA?

Solo he conocido un par de casos. Yo no quisiera entrar en un tema de un perjuicio estructural, de un tema de exclusión estructural, porque sería... dos sentencias no son indicios mayores, son solamente indicios, no son elementos suficientes para pronunciarnos respecto al tema.

Creo yo que hay una lectura de parte de los jueces, que desde mi punto de vista les falta ser activistas judiciales en este aspecto, porque aquí no estamos tratando cuestiones materiales solamente, sino la indemnización es frente a un cónyuge que se ha visto perjudicado de una situación real y concreta, entonces la ley se da, precisamente para proteger ese perjuicio para indemnizar esa "víctima", por eso, en estos dos casos que le comenté, son dos, cuatro, cinco líneas que resuelve todo el petitorio, el juez indica, pues que no hay medios o elementos probatorios suficientes que acrediten esa petición y la otra en la misma línea indica que no se ha sustentado debidamente la indemnización; que en el fondo viene a ser lo mismo.

Entonces, yo creo que, qué lecturas se puede tener a partir de esos fallos. Hay lecturas que tienen el clasicismo de un proceso civil ordinario, cuando este proceso exige, inclusive a la luz del Tercer Pleno Casatorio Civil, que exige un mayor involucramiento de parte de los magistrados, para encontrar y fundamentar la decisión que van tomar.

En función del título preliminar del Código Procesal Civil, el principio que le permite ser al juez más activo, que no vulnera el principio de la imparcialidad, en este caso, lo que el juez está haciendo, como se ha conversado también, es una función tuitiva de protección. Esa indemnización no es un lucro especial, un dinero extra... justamente ese hecho de la separación ha causado un perjuicio, por lo tanto, hay que indemnizarlo o alguien se ha convertido en víctima innecesaria de las circunstancias, por eso, me parece que debemos tener una lectura distinta de visión de justicia en este tipo de procesos. ¿Qué sí es un cambio? Sí, es un cambio, el proceso de constitucionalismo en el Perú nos permite y nos exige que los operadores de derecho seamos muy audaces en ese sentido y esa exigencia es en ese sentido. Más en los abogados, quizás a veces uno lo da por sentado, así como costas y costos y ahí queda y no tengo que hacer más. Al final, hay un tema que quizás nos hemos acostumbrado hacer como "cliché", pedir la indemnización, pero no argumentar su fundamentación. Si los medios probatorios que sirvieron para la declaración de este divorcio también deben hacer inferir que alguien en ese hecho ha causado perjuicio a la otra parte; por lo tanto, hay un deber por mandato normativo de indemnizar.

Por eso en la introducción, al comienzo le decía, yo no quisiera que sea estructural, pero como le digo solamente he revisado dos sentencias, pero por comentarios en el foro, creo que la conducta es esa, entonces eso sí nos obligaría a pensar en un tipo-esquema de pensamiento de los operadores de derecho, de los jueces, que hasta sería vulneratorio de algunos derechos fundamentales.

2. ¿CONSIDERA USTED QUE ES UNA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL MOTIVAR Y FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿POR QUÉ?

Ahí, hay un tema, que algunos colegas, por las mismas corrientes, van a observarlo. Recuerdo ahora “*Barover*” decía que el juez tiene que ser un juez imparcial, pero también tiene que ser “imparcial”, es decir, no solamente tiene que estar en la mitad para dar o remitir su decisión, no involucrarse, no ser parte del tema, obviamente cuando nosotros hablamos de la propuesta de que el juez de oficio debe... yo creo que el principio “*iura novit curia*” le faculta y la Constitución le faculta al juez actuar de esa forma, porque como le digo, no estamos en situación normal, sino es una situación mucho más, de una profundidad y que tiene varias dimensiones, entonces cuando ocurre eso, yo entiendo que la justicia, quizá para muchos garantistas, esto va a significar una aberración, la justicia tiene que entrar a tallar, ¿por qué? porque si decimos que los fines del proceso son la solución de la controversia y la paz social, si después del proceso y la decisión deja una sensación de insatisfacción a las partes, no hemos solucionado, no hemos cumplido con los objetivos del proceso, entonces yo creo que sí hay un marco constitucional para actuar.

Es obvio que eso requiere plantearse el papel de los jueces, replantearse qué papel están desempeñando actualmente, yo creo aún que algunos, me disculpan algunos jueces y magistrados. Algunos jueces están con la idea de la Revolución Francesa, que el juez es “boca de ley” y eso, pues, ya han transcurrido más de 200 años para que eso lo desterremos totalmente, porque, sino ya tendríamos... hoy el juez es y se constituye en un actor social y un actor de justicia, entonces, es ahí, yo considero que nuestro ordenamiento para otorgarle esas facultades al juez, obviamente el diseño de la constitución está en función a un formato económico, político y social; pero yo creo que en esta Constitución aún podemos encontrar esos atisbos de facultad al juez, dentro del marco Constitucional, para actuar de esa forma, o sea participar de oficio y fundamentar de oficio, sin violar los principios de imparcialidad.

¿TOMANDO EN CONSIDERACIÓN QUE LA CONSTITUCIÓN LO PERMITE...?

No solamente es la cuarta disposición final de la Constitución, sino también es el artículo 51 y artículo tercero de la Constitución que dice, no solamente, son eso los derechos fundamentales, porque el artículo tercero es “*numerus apertus*”, y los derechos fundamentales lo vamos encontrar en todo el contexto de la Constitución y la interpretación de la Constitución tiene que ser una interpretación holística, integral, no puedo separar, un artículo de otro, todos tienen concordancia, todos tienen relación, por eso creo que la exigencia de los jueces es válida, desde el punto de vista constitucional para que se pronuncien al respecto.

Como usted ha señalado, el tema del perjuicio y son elementos concretos, debido a que hemos estado en un espacio de apoyo social desde el punto de vista jurídico con el foro, muchos de esos casos se producían, porque hubo abandono de uno de ellos, el solo hecho de iniciar un proceso de alimentos es ya un perjuicio, el solo hecho de ir a las audiencias y estar en conflicto de la tenencia es ya un hecho material, concreto que tiene que ser atendido por el juez, en el caso, que existen, en la mayoría casos, menores de edad. Ese hecho es un indicador que acá se ha producido un daño, se ha producido un perjuicio, acá se ha afectado derechos fundamentales y frente a esa afectación de esos derechos que están materialmente comprobados, hay un proceso de alimentos, creo que el proceso de la tenencia, creo que es una prueba suficiente.

Yo a nadie le deseo, que sufra el calvario de procesos judiciales, más aún el calvario de procesos de alimentos y tenencia, porque no solamente es una afectación de índole patrimonial, sino es una afectación de índole emocional, psicológico, no solamente involucra a las dos personas, sino involucra a la familia en su conjunto, cuando digo en lo conjunto, no solamente son los hijos, que es la prioridad por mandato de la Constitución, la protección al niño y al adolescente, sino a todo el entorno, entonces esos hechos que son contrastables que son materialmente demostrados, no pueden ser obviados por el juez en cinco líneas, decirnos, sabes qué, no está probado y *“anda y pídele a san Juan que te ampare”*. Por eso no me parece... bueno respeto las decisiones judiciales.

3. EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA USTED QUE LOS MAGISTRADOS INCUMPLEN CON FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CUÁL CONSIDERA USTED QUE SERÍAN LAS RAZONES PARA DICHO INCUMPLIMIENTO, TOMANDO EN CUENTA QUE, COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, SIEMPRE HAY UN CÓNYUGE PERJUDICADO (AFECTADO)?

Bueno, vamos hacer una especie de interpretación de la motivación de esas decisiones judiciales, una, me parece que es el tema de la imparcialidad y el temor a la queja, si me pronuncio, exagero en el pronunciamiento cuando no lo han dicho y el abogado me está diciendo que seamos imparciales, es decir, no comprometernos con las partes, el inclinar la balanza, por así decirlo, sino que no es inclinar la balanza, sino simplemente es actuar con equidad, porque hay uno que está en un situación más desfavorable que el otro. Y este otro tiene que por equidad ... y el juez por equidad tiene que poner en ese mismo nivel ... yo creo que hay un tema de que se dude de la imparcialidad al actuar de esta forma, quizás hay una lectura muy sesgada de la norma y no de la lectura... quizás por que hablamos de esa forma, porque pertenecemos a la cartera del Constitucionalismo, el derecho Constitucional, entonces por ahí, no sé, somos un poco exagerados o somos demasiados aventureros para

exigir a los operadores del derecho, en este caso, a los jueces que se aventuren, que den un paso más allá de la mera formalidad y del mero cumplimiento de las formalidades, sino que vayamos a administrar una justicia real, verdadera, porque cuando se ve las caras de los litigantes al final de un proceso con la sentencias. En este caso, en esas sentencias, donde se reclama o se pide indemnización o no se pide, uno está a la espera de esa decisión; obviamente uno no se siente satisfecho con la administración de justicia.

Ahí, quizás sea una de las razones y quizás no solo para culpar a los jueces o no solamente encontrar responsabilidad, quizás se exige un poco de activismo del abogado de la defensa para que fortalezca los argumentos para que el juez pueda tomar sus decisiones. A veces, colocamos en la demanda, mayormente en la contestación de la demanda, porque ocurre esto, colocamos como “cliché”, porque... solicito la indemnización y no hacemos todo un desarrollo argumentativo para efectos de que el juez tenga el asidero para pronunciarse al respecto, quizás hay un tema que nos compromete a todos.

EFFECTIVAMENTE LOS ABOGADOS NO LO SOLICITAN Y LA PREGUNTA SERÍA POR QUÉ NO LO PIDEN.

Justamente usted ha citado, hay una corresponsabilidad, pero el juez estaría obligado de actuar (entre comillas) de esa manera diligentemente, además, recordemos, que este tipo de divorcio es la excepción dentro de los conceptos de los divorcios que contienen el Código Civil, esto es, el divorcio remedio, pero el remedio, pero obviamente cuando hablamos de remedio, tenemos que dar la importancia, se remedia lo que ha causado daño, entonces eso nos llama la atención al respecto.

¿USTED CONSIDERA QUE EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO HABRÍA UN CÓNYUGE PERJUDICADO O NO, HABRÍA EXCEPCIONES?

La regla siempre tiene excepciones, estaríamos regresando a reflexionar el tema de que esta norma se ha dado en una situación real de país, había un sin número de personas casadas, pero ya no hacían vida en común, ya no hacían una vida matrimonial, entonces se da en función de esto.

Cuando hablamos de cónyuge perjudicado, yo creo que en toda relación personal y social, más aún, en tema del matrimonio, cuando se produce el quiebre del matrimonio, cuando se produce el rompimiento factual, no la legal, no la declaración de divorcio, sino de hecho, obviamente uno de los dos toma el mayor peso de ese rompimiento, no digo que el que se va o el que se queda, pero qué elementos me pueden dar al respecto, para decirme, no sé si es la palabra, cuál es el que ha sufrido más, no estoy hablando del tema sentimental, sino aquel que ha cargado más el peso de ese rompimiento, el efecto negativo de ese rompimiento, haber, quién se quedó con los hijos, quien tuvo que afrontar la nueva vida

con esta situación, otro elemento, quién tuvo que iniciar procesos judiciales para lograr el reconocimiento de derechos alimenticios, de tenencia y otro correlato de temas o créditos no asumidos. Yo creo que ahí, quizás la palabra, el resarcimiento al cónyuge perjudicado, yo creo que debemos materializar el tema, quién se encargó, quién soportó los elementos negativos de este hecho, a partir de ahí, sí procedería lo que hemos estado conversando.

MÓDULO II

VULNERACIÓN TOTAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

4. ¿CONSIDERA USTED RAZONABLE Y RESPONSABLE DECLARAR FUNDADA EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y AL MISMO TIEMPO NO SE CUMPLA CON OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO?

Yo creo que la respuesta es bastante... ya cae por ... yo creo que sí, por eso la exigencia a los jueces. Me gustaría que los jueces tengan tal activismo, como la Corte colombiana respecto a la protección de los desplazados, el reconocimiento a un río como sujeto de derecho, esa visión debemos tener, si queremos construir un país con justicia, con equidad, realmente dotarle a la palabra justicia o derecho de cosas concretas y materiales, un elemento que tengo entendido que usted la está considerando en su trabajo de investigación, ¿cuál es de nivel de confianza que tenemos los ciudadanos respecto a la administración de justicia? Y eso le va decir mucho y le va dar un antecedente respecto de estos fallos. ¿por qué? De los casos que usted está analizando en la mayoría no se ha reconocido para nada, esa carga negativa de soportar el divorcio, entonces hay un buen porcentaje de ciudadanos que se sienten con el sabor amargo en la boca respecto a la administración de justicia, entonces yo creo que eso es el reto de los jueces, yo creo que habría que tener un mayor compromiso, entiendo que cuando usted me formulaba la pregunta, qué razones están, yo entiendo que está el tema más formal, la estructura de la sentencia, el principio garantista, qué dice la parte actora, en función de qué medios ha aportado, que me den convicción para decidir el fallo, entonces, hay un aspecto formalista, pero yo creo que tenemos que dar el paso, si queremos construir, porque el derecho puede ser un instrumento para construir precisamente igualdad, construir equidad, construir sociedades que crean en esos principios, si yo encuentro que voy a tener a la gran mayoría de los litigantes de un proceso insatisfechos, me percepción de la administración de justicia no será positiva al respecto, la percepción acerca de los magistrados tampoco lo va ser. Entonces yo creo que exigiríamos de los jueces más compromiso, pero tampoco llegar a extremos, yo te doy divorcio, porque quiero divorciarte, pero te voy una indemnización de tres millones de

soles, porque quiero dártelo. Tiene que haber un correlato con el sustento aportado dentro del proceso.

5. ¿CONSIDERA QUE DE NO SUCEDER DICHA SITUACIÓN SE CONTRAVENDRÍA LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿SUPONDRÍA UNA CAUSAL DE NULIDAD? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Yo creo que ahí, como causal de causal de nulidad, basando en un tema de contexto, va a ser un poco difícil, porque el argumento del juez va a ser que, estamos en un proceso garantista y yo fallo en función de las pruebas. Yo creo que el papel de los magistrados ha asumido como tal, eso es válido, es un tema, es una exigencia que la sociedad debe hacer a los magistrados, no contentarnos con la mera aplicación de la ley, sino ir más allá de la mera aplicación de la ley, así tal cual, sino hacer juicios de ponderación, tiene que trabajarse mucho más el tema, quizás la fórmula, se solucionaría el problema, cambiando la fórmula normativa, disponiendo que no se requiere demostrar el tema del perjuicio o acreditarlo fehacientemente, simplemente invocarlo como tal y entonces ya ver, porque la situación es, quién es el cónyuge perjudicado y mayormente, eso lo demostrará su investigación, el cónyuge perjudicado es el demandando y no es el demandante, mayormente, entonces lo jueces tendrían un parámetro para tomar sus decisiones al respecto.

Si la estadística me dice que del 100% de procesos, 98% los instaura aquel que dejó el hogar, entonces yo tengo un elemento material concreto, para decir, si te fuiste y ahora demanda la que se quedó, qué soportó, entonces ahí se puede avanzar para dotarles más elementos a los magistrados. Es un tema, bastante profundo y cuestiona la misma estructura de la sociedad. Cuando yo le hablaba del tema estructural, también hablábamos de la visión machista que sigue imperante y el machismo, es pues, la aberración de los derechos fundamentales, es todo lo contrario de los derechos fundamentales, entonces, ahí está la base, el fundamento de los jueces para emitir sus fallos, pero también debemos recordar que los jueces son parte de la sociedad y también, algunos magistrados, tienen pensamientos por esa línea de pensamiento. Por eso le digo, el tema de usted es sumamente interesante, porque tiene varias aristas, haber, en este caso, ¿hay machismo en las decisiones en no fallar a favor del cónyuge perjudicado?, entonces, veamos, ahí hay varias cosas.

MÓDULO III

PREGUNTA / SÍNTESIS

6. ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA USTED QUE LAS SENTENCIAS DE VISTA DE LAS SALAS CIVILES DE TACNA QUE RESUELVEN APROBAR O CONFIRMAR

EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, VULNERARÍAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, POR NO MOTIVAR Y NO FIJAR DE OFICIO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS A FAVOR DEL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

No tengo casos particulares, pero voy hacer un correlato, el correlato con los procesos de amparo, en la gran mayoría de los procesos amparo, el juez falla declarando infundada la demanda y qué hace la sala, confirma en la gran mayoría de casos, creo que ahí va el tema, no sé cuáles sean los motivos, no quiero ser subjetivo al respecto, pero la experiencia nos dice, no tengo data de indemnización, pero sí de la data de amparo. En caso de amparo, son excepcionales las revocatorias de los fallos, es por eso que llegan los amparos al Tribunal Constitucional, obviamente, cuando se declara infundada en primera instancia y la sala confirma; vía recurso de agravio constitucional, llego al Tribunal Constitucional y es el Tribunal Constitucional en función reflexiva, que debería hacer la sala, al parecer se aplica un formato... y debería hacer lo que hace el Tribunal Constitucional. ¿Por qué? ¿cuál es la diferencia entre los magistrados del Tribunal Constitucional y la sala superior? Son magistrados que conocen la Constitución y las leyes, y tienen la potestad de aplicarlas, por eso precisamente, nosotros estamos apelando que las decisiones de la sala superior deberían ser reflexiones y profundizar más y no quedar solo en el canon establecido de formalismos, que a veces, no permite lo que hemos estado trabajando, acceder a una verdadera administración de justicia. Quizás es eso, invocar a la sala superior que tengan un criterio mucho más amplia y mucho más Constitucional, que incorporen el constitucionalismo al caso concreto, así puedan revocar y no confirmar. Lo que está revisando, eso es lo que ha ocurrido. Yo cuando he revisado las acciones de amparo ha pasado eso.

(...) me atrevería a decir que es un tema estructural, sumamente peligroso ¿no? Que la estructura del Poder Judicial, en los procesos del divorcio por la causal de separación de hecho está esa dinámica del sesgo machista o formalista, tanto en primera como en segunda instancia, solo se hace una especie de chequeo, si se notificó o no, se confirma nada más, no hay más pruebas no, entonces se confirma.

7. CON LA NO IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE PERJUDICADO ¿CONSIDERA QUE SE VULNERAN OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES APARTE DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN? ¿RESPECTO AL CÓNYUGE PERJUDICADO? ¿RESPECTO AL ENTORNO FAMILIAR? ¿ALGUNA EXPERIENCIA EN PARTICULAR?

Aquí un tema para avanzar, un tema que a mí me preocupa últimamente, es el tema de la reconciliación. ¿Por qué hablo del proceso de reconciliación? Porque el proceso de reconciliación es un proceso en el que se requiere... que haya existido un conflicto, que

haya producido víctimas y haya un victimario, no quiero extrapolar para el tema del divorcio, pero en este proceso de reconciliación tiene que haber una exposición clara del victimario de pedir perdón y el asentimiento no inmediato, sino mediante un proceso de otorgar el perdón, entonces creo que esto va por ahí, si trasladamos estos temas al caso que estamos revisando. No solamente es la persona, no solo son las dos personas que están ahí, sino es todo su entorno, no solamente los hijos, sino también la familia de ambos cónyuges, muchas veces se rompe las relaciones que tenía una familia con la otra, por eso decía buscar todos los efectos, las relaciones armoniosas de las familias se han roto; entonces por ahí, en primer lugar, los hijos si se ven perjudicados, hay un perjuicio y vulneración de sus derechos desde el punto de vista social.

El tema de intimidad, haber, no siempre es bien visto, en nuestra sociedad, bastante mal estructurada, que el niño vaya al colegio y que diga que sus papás ya no viven juntos y esos elementos también que ¿por qué? Porque se produce un tipo de violencia cultural, estructural. Causa un perjuicio a los hijos, al entorno familiar, yo creo que tiene que ser englobado y ser entendido de manera integral, no solamente las dos partes, sino también el entorno familiar. En la demanda faltaría argumentar el extremo de la indemnización

8. ¿CONSIDERA AL NO OTORGAR INDEMNIZACIÓN SE ESTARÍA VULNERANDO ALGÚN DERECHO FUNDAMENTAL?

Yo ahí sí tendría que ser muy cauto, en relación a la vulneración de los derechos, porque esta se tiene que materializar, pero si partimos de la premisa de que ese hecho del divorcio ha producido en una de las partes, ha producido un daño, ha producido un menoscabo en su personalidad, entonces estamos hablando ya de tutelar a la persona como tal, de sus derechos fundamentales, de su proyecto de vida. El artículo 1° de la Constitución no dice que el fin supremo de la sociedad es precisamente la persona y su dignidad. Si nosotros tenemos en consideración esos elementos, concordante con el artículo 4° de la Constitución que habla de la protección de la familia y a la persona más débil, entonces yo creo que sí merecería y sería una reflexión de parte de los operadores del derecho respecto a esta aplicación, porque si su decisión no amparar, no aplicar de oficio, tendrían que hacer aquí un juicio de ponderación. Aquí, nuevamente regresamos a las clases que hemos compartido y los temas que hemos conversado, una ponderación hasta qué punto esa no aplicación de oficio vulnera derechos fundamentales.

Yo creo que sí, yo creo que la ponderación se tendría que hacer en sentido inverso. Si yo impongo y decido de oficio la indemnización, ¿estoy perjudicando algún derecho? si cambiamos el sentido de la pregunta, yo me respondería, en un buen sentido, si de este hecho me estás indicando, que está provocando un divorcio y ese hecho de la separación se ha producido, alguien ha sido perjudicado por eso, entonces corresponde que tú, más

allá de que lo sustenten debidamente o lo pidan expresamente, tú tuitivamente en atención a la Carta Constitucional, a la Carta Social, tú actúes, en protección precisamente del artículos 1° y 2°, concordante con el artículo 4° de la Constitución y el mandato que tienen respecto de la prevalencia de leyes, por encima de las leyes está la Constitución. Entonces los jueces tendrían que someterse y eso parte de la dinámica Constitucional de un Estado Constitucional de Derecho.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

VULNERACIÓN DERECHO FUNDAMENTAL DEBIDA MOTIVACIÓN POR SENTENCIAS DE VISTA- DIVORCIO-SEPARACIÓN DE HECHO POR NO MOTIVAR DEBIDAMENTE AL NO FIJAR DE OFICIO INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO, TACNA- 2018.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES
<p style="text-align: center;">1. PROBLEMA GENERAL:</p> <p>¿En qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018?</p>	<p style="text-align: center;">1. OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Determinar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulnerarían el derecho fundamental a la debida motivación, por no motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.</p>	<p style="text-align: center;">1. HIPÓTESIS GENERAL:</p> <p>Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, vulneran totalmente el derecho fundamental a la debida motivación, al incumplir la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018</p>	<p style="text-align: center;">1. HIPÓTESIS GENERAL:</p> <p>1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE (X)</p> <p>Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna del año 2018, que incumplen la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado.</p> <p>1.1.1. INDICADORES</p> <p>(X1) Número de sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna, del año 2018, sobre el divorcio por la causal de separación de hecho, que no solicitan indemnización.</p> <p>(X2) Número de sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna, del año 2018, que incumplen la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al no fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. Del total de sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que no solicitan indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.</p> <p>(X3) Nivel de incumplimiento de la obligación constitucional de motivar debidamente la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado. Escala: Muy Alto, Alto, Medio, Bajo, Muy Bajo.</p> <p>(X4) Nivel de Incumplimiento de la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.</p>

<p>2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>PROBLEMA ESPECÍFICO 1</p> <p>2.1. ¿En qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con garantizar el derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018?</p>	<p>2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>OBJETIVO ESPECÍFICO 1</p> <p>2.1. Analizar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con garantizar el derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018</p>	<p>2. HIPÓTESIS ESPECÍFICOS</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICO 1</p> <p>2.1. Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con garantizar el derecho fundamental</p>	<p>1.2. VARIABLE DEPENDIENTE (Y)</p> <p>(Y) Vulneración total del derecho fundamental a la debida motivación, Tacna-2018.</p> <p>1.2.1. INDICADORES</p> <p>(Y1) Nivel de Incumplimiento de la obligación constitucional de motivar debidamente la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018, en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional 728-2008-PHC/TC.:</p> <p>(Y2) Nivel de motivación de inexistencia de motivación o motivación aparente</p> <p>(Y3) Nivel de motivación de falta de motivación interna del razonamiento</p> <p>(Y4) Nivel de motivación de deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.</p> <p>(Y5) Nivel de motivación de motivación insuficiente</p> <p>(Y6) Nivel de motivación de motivación sustancialmente incongruente</p> <p>(Y7) Nivel de motivación de motivaciones calificadas</p> <p>2. HIPÓTESIS ESPECÍFICOS</p> <p>2.1 HIPÓTESIS ESPECÍFICO 1</p> <p>2.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE (X)</p> <p>Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho.</p> <p>2.1.1.1. INDICADORES:</p> <p>X1 Nivel de Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho.</p> <p>2.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE (Y)</p> <p>Garantía del cumplimiento del derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018.</p>
---	--	--	---

<p>PROBLEMA ESPECÍFICO 2</p> <p>¿En qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018?</p>	<p>OBJETIVO ESPECÍFICO 2</p> <p>2.2. Analizar en qué medida las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, deberían cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018</p>	<p>supranacional a la debida motivación, Tacna-2018</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICO 2</p> <p>2.2. Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho, en medida total deberán cumplir con la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.</p>	<p>2.1.2.1. INDICADORES:</p> <p>Y1 Nivel de garantía del cumplimiento del derecho fundamental supranacional a la debida motivación, Tacna-2018.</p> <p>2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICO 2</p> <p>2.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE (X)</p> <p>Las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho.</p> <p>2.2.1.1. INDICADORES:</p> <p>X1 Nivel de medida de las Sentencias de Vista de las Salas Civiles de Tacna que aprueban o confirman el divorcio por causal de separación de hecho.</p> <p>2.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE (Y)</p> <p>Cumplimiento de la obligación constitucional y legal tuitiva de motivar debidamente al fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018</p> <p>2.2.2.1. INDICADORES:</p> <p>Y1 Nivel de medida de cumplimiento de la obligación constitucional de motivar debidamente la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018</p> <p>Y2 Nivel de medida de cumplimiento de la obligación legal tuitiva de fijar de oficio la indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado, Tacna – 2018.</p>
---	--	--	---

MÉTODO Y DISEÑO	POBLACIÓN Y MUESTRA	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>I. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN Mixto (Cualitativa y cuantitativa)</p> <p>II. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN Hipotético deductivo, hipotético inductivo, método de análisis y síntesis, análisis documental, argumentativo y dogmático</p> <p>III. TIPO DE INVESTIGACIÓN Investigación aplicada</p> <p>IV. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN Diseño de Triangulación Concurrente</p> <p>V. NIVEL DE INVESTIGACIÓN Exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo</p> <p>VI. ÁMBITO DE ESTUDIO: Derecho de familia.</p>	<p>VII. ÁMBITO Y TIEMPO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN Delimitación temporal: año judicial 2018, Delimitación espacial: Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Tacna.</p> <p>VIII. POBLACIÓN 35 sentencias de vista del divorcio por la causal de separación de hecho emitidas durante el año judicial 2018 por la Sala Civil de la Corte de Justicia de Tacna (de las cuales 11 han solicitado indemnización y 24 no han solicitado indemnización por daños a favor del cónyuge perjudicado). Profesionales del derecho (población indefinida) que realizan su actividad profesional en el ámbito territorial de la Corte Superior de Justicia de Tacna.</p> <p>X. MUESTRA 24 sentencias de vista del divorcio por la causal de separación de hecho expedidas durante el año judicial 2018 por las Salas Civiles de la Corte de Justicia de Tacna, donde no se solicitado la indemnización para del cónyuge perjudicado. De la población indefinida de profesionales del derecho, se ha establecido una muestra de 68 encuestados con un margen de error de 10% y un nivel de confianza de 90%. 05 entrevistados representativos.</p>	<p>XI. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS Como técnicas para el desarrollo de la investigación cualitativa: el análisis documental, el análisis argumentativo y dogmático. Entrevista semi estructurada. Como técnica para el desarrollo de la investigación cuantitativa: la encuesta estructurada con escala nominal.</p> <p>XII. INSTRUMENTOS La investigación cualitativa: guía de revisión documental, argumentativo y dogmático, la guía de entrevista semiestructurada (cuestionario). La investigación cuantitativa: cuestionario.</p>