

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Constitucional



“EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LOS PROCESOS POR DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, PERIODO 2015 – 2018”

Tesis presentada por la Bachiller

Riveros Jihuaña, Carla Connie

Para optar el Grado Académico de

Maestro En Derecho Constitucional

Asesor:

Mgter. Parada Gonzales, José Luis

Arequipa Perú

2022

i

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 19 de enero del 2022

Dictamen: 001855-C-EPG-2022

Visto el borrador del expediente 001855, presentado por:

2013003322 - RIVEROS JIHUAÑA CARLA CONNIE

Titulado:

EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL
DAÑO EN LOS PROCESOS POR DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN LA
JURISPRUDENCIA DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE AREQUIPA, PERIODO 2015 - 2018

Nuestro dictamen es:

APROBADO

2035 - AMADO MENDOZA ANA MARIA
DICTAMINADOR



6736 - ZUÑIGA MARINO MIGUEL ANGEL
DICTAMINADOR



7703 - MAYTA COAGUILA RONALD ALBINO
DICTAMINADOR



A Dios. Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor, a mi Hijo porque gracias a él he decidido subir un escalón más y crecer como persona y profesional. A mis Padres, mi hermana y Ariannita, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores y sobre todo por animarme a perseverar en el camino del Señor.

A mi Asesor José Luis Parada Gonzales por su gran apoyo y motivación para la culminación de la elaboración de esta tesis. A mis amigos, que nos apoyamos mutuamente en nuestra formación profesional y por los ánimos que me dan y que, hasta ahora, seguimos siendo amigos: a mi gran Amiga Samira y Cristian por su ayuda incondicional y Víctor quien me ayudó muchísimo en la elaboración de esta tesis.

A la Universidad Católica de Santa María y en especial a la Escuela de Post Grado por permitirme ser parte de una generación de vencedores y gente productora para el país.

“Nunca se apartará de tu boca este libro de la ley, sino que de día y de noche meditarás en él, para que guardes y hagas conforme a todo lo que en él está escrito; porque entonces harás prosperar tu camino, y todo te saldrá bien.

“Mira que te mando que te esfuerces y seas valiente; no temas ni desmayes, porque Jehová tu Dios estará contigo en dondequiera que vayas.”

Josué 1:8-9

INDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN.....	5

Capítulo 1

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1.1. ANTECEDENTES	8
1.2. DEFINICIÓN.....	10
1.3. LA UNIDAD Y EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.....	12
1.4 LA INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. 19	
1.5. LA OBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL.....	24
1.6. LA PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS.....	29
1.7. LA MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES A NIVEL GENERAL.....	33
1.8. LA PLURALIDAD DE LA INSTANCIA.	35
1.9. EL PRINCIPIO DE NO DEJAR DE ADMINISTRAR JUSTICIA POR VACÍO O DEFICIENCIA DE LA LEY.....	39

Capítulo II

EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

2.1 ANTECEDENTES:	44
-------------------------	----

2.2 DEFINICIÓN.....	47
2.3 ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS	51
2.3.1 Elementos	51
2.3.2. Características	54
2.4 CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO	55
2.5 CLASES DE MOTIVACIÓN	59
a) Motivación defectuosa:	60
b) Motivación insuficiente:.....	63
c) Motivación constitucionalmente deficitaria:	66
d) Motivaciones calificadas:.....	67
2.6 LA INTERDICCIÓN A LA ARBITRARIEDAD.....	68
2.7 MARCO LEGAL.....	70
2.8 MARCO JURISPRUDENCIAL.....	70
2.9 DERECHO COMPARADO:.....	80
2.9.1 España:	80
2.9.2 Ecuador:	81
2.9.3 Argentina.....	82
2.9.4 Colombia.....	83

Capítulo III

LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

3.1 LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO	84
3.2 ASPECTOS GENERALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO	84
3.2.1 Antecedentes de la separación de hecho en la legislación peruana.....	84

3.2.2	Proyectos de ley sobre la separación de hecho.....	84
3.3	CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA SEPARACIÓN DE HECHO.....	90
3.2.3	Ley Nro. 27495	90
3.3.1	Vía Notarial y Municipal.....	91
3.4	NATURALEZA JURÍDICA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO.....	91
3.5	REQUISITOS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO	92
3.6	CUESTIONES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	93
3.6.1	Legitimidad para obrar en la separación de hecho	93
3.6.2	Elementos configurativos de la separación de hecho	94
3.6.3	Excepción del elemento objetivo.....	94
3.6.4	Requisitos para la demanda de divorcio por causal de separación de hecho ..	94
3.6.5	Medios probatorios de la causal de separación de hecho	96
3.6.6	Plazo establecido para que se configure la separación de hecho.....	96
3.6.7	Efectos de la causal de separación de hecho	96
3.6.7.1	Alimentos.....	96
3.7	¿RESARCIMIENTO O INDEMNIZACIÓN EN LA SEPARACIÓN DE HECHO?98	
3.7.1	Cuestiones Preliminares	99
3.7.1.1	Derecho de daños y derecho de familia	99
3.7.1.2	Indemnización y resarcimiento	101
3.8	LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO 104	
3.8.1	Conclusiones del III Pleno Casatorio	104
3.8.2	El carácter particular del derecho de familia.....	106

3.8.3	Sobre “la indemnización por daños”	108
3.8.4	¿El juez está obligado a dar una indemnización en la separación de hecho?	112
3.9	PRINCIPALES PROBLEMAS PARA DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN	125

Capítulo IV

MARCO OPERATIVO

4.1.	CUESTIONES PREVIAS DE LA METODOLOGIA APLICADA.....	135
4.2.	¿POR QUÉ BUSCAR EL CONTENIDO DE “LA MOTIVACIÓN EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN” EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA?	136
4.3.	ANÁLISIS DE CASOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE AREQUIPA.....	138
4.4.	NUESTRA POSICIÓN	147
4.5	ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA.....	150
4.5.1.	Datos Generales:	150
4.5.1.1.	Técnicas e Instrumentos	150
4.5.1.2.	Campo de Verificación:	151
4.5.1.3.	Sustento metodológico en la obtención de la muestra representativa.....	154
4.5.2.	Estadística de los procesos de divorcio remedio	153
	CONCLUSIONES.....	158
	RECOMENDACIONES.....	163
	APORTES.....	164
	REFERENCIAS	1605

RESUMEN

A raíz de la Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil contenida en la Casación 4664-2010-Puno de fecha 18 de marzo de 2011, es que se determina la naturaleza jurídica de la indemnización en el divorcio por separación de hecho regulada en el artículo 345-A del Código Civil, la cual corresponde a una obligación legal basada en la solidaridad familiar. Se precisa, además, que tal indemnización tiene dos componentes, el primero de ellos, referido 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 el segundo, con relación al daño personal sufrido por este mismo cónyuge.

Con la publicación del indicado pleno casatorio, es que se esperaba que las sentencias que versen sobre la indemnización por los daños producidos como consecuencia del divorcio por la separación de hecho, sean predictibles, es decir, que los jueces emitan fallos uniformes ante similares casos que hayan conocido; sin embargo, ello no ha sido así, pues en muchas decisiones judiciales –en cuanto respecta a la indemnización en el divorcio por separación de hecho– se han establecido sumas indemnizatorias de manera arbitraria concediendo sumas inusuales de miles de dólares en algunos casos, y sumas irrisorias en algunos otros.

Dentro de estas particulares decisiones judiciales, encontramos a algunas sentencias emitidas por los Juzgados Especializados en Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que pone en evidencia una falta de motivación suficiente y adecuada de tales resoluciones, que a su vez conlleva a una falta de predictibilidad de los fallos de este Poder del Estado, afectando de esta manera a la seguridad jurídica, garantía constitucional sobre la cual se erige el Estado Social y Constitucional de Derecho, pues se determinan indemnizaciones sin recurrir a ningún criterio amparado en el derecho, y demostrable objetivamente.

En la presente investigación a través del método de observación documental se han analizado los documentos que son de interés y se ha permitido concluir en base a lo investigado, que efectivamente tanto para la determinación de cuál es el cónyuge afectado como para el quantum los jueces no tienen criterios específicos objetivos, por ello no hay seguridad jurídica. Se tiene también que no se recurre a esta vía de forma usual y esta resulta ser residual.

PALABRAS CLAVES: 1. – Motivación de resoluciones judiciales. 2. – Reparación civil. 3. – Divorcio por separación de hecho. 4. – Cónyuge perjudicado. 5. – Discrecionalidad del juez.



ABSTRACT

As a result of the Sentence issued in the Third Plenary Civil Casatory contained in Cassation 4664-2010-Puno dated March 18, 2011, it is that the legal nature of the compensation in divorce due to de facto separation regulated in article 345-A of the Civil Code, which corresponds to a legal obligation based on family solidarity. It is also specified that such compensation has two components, the first one, referring to compensation for the economic imbalance resulting from the marital breakdown, which aims to ensure the "economic stability" of the most injured spouse, and the second, in relation to the personal damage suffered by this same spouse.

With the publication of the aforementioned plen casatory, it is expected that the judgments that deal with compensation for the damages produced as a consequence of the divorce due to de facto separation, are predictable, that is, that the judges issue uniform decisions in similar cases that have known; However, this has not been the case, since in many court decisions - regarding compensation in divorce due to de facto separation - compensation amounts have been arbitrarily established, awarding unusual amounts of thousands of dollars in some cases, and amounts laughable in some others.

Within these particular judicial decisions, we find some judgments issued by the Specialized Family Courts of the Superior Court of Justice of Arequipa, which shows a lack of sufficient and adequate motivation for such resolutions, which in turn leads to a lack of predictability of the failures of this Power of the State, thus affecting legal security, a constitutional guarantee on which the Social and Constitutional State of Law is built, since compensation is determined without resorting to any criterion protected by law, and objectively demonstrable.

On this investigation made through the documental observation the documents that are of interest have been analyzed and that let us conclude based on what was investigated: that for the

determination of which is the guilty spouse and the determination of the quantum, the judges lack of specific and objective criteria, that means there is no legal security. Also it's not usual sue through this process, it's residual.

KEYWORDS: 1. - Motivation of judicial decisions. 2. - Civil reparation. 3. - Divorce due to de facto separation. 4. - Injured spouse. 5. - Discretion of the judge.



INTRODUCCIÓN

La predictibilidad de los fallos judiciales es conocida también con el nombre de “seguridad jurídica”, la cual se encuentra íntimamente vinculada al principio de motivación de las resoluciones judiciales. Con ella se pretende eliminar parte de la inseguridad jurídica y la arbitrariedad, que incurren los fallos emitidos por los magistrados del Poder Judicial que causan sensación de injusticia; esto, con la finalidad de que la ciudadanía tenga certeza de cuál será el resultado final de su caso planteado, ante el sistema de justicia, evitándose que ante casos iguales se emitan distintos fallos.

En tal sentido, se busca disminuir la emisión de sentencias discordantes y contradictorias frente a situaciones similares. De allí, que es necesario analizar los fallos emitidos en los casos de cuantificación de los daños producidos por la ruptura del vínculo matrimonial (daños endofamiliares), para la unificación de criterios jurisprudenciales con el fin de mejorar el servicio público justicia brindado por el Estado mediante el Poder Judicial y reforzar la alicaída imagen de este Poder del Estado.

Por ende, el estudio histórico de la jurisprudencia vinculada a los criterios de cuantificación de los daños endofamiliares, conllevará a conocer como nuestra judicatura local abordó tal problema desde su institución en el Código Civil de 1984, mediante el artículo 345-A, incorporado mediante la Ley N° 27495 del 07 de julio de 2001.

Sin embargo, el panorama no es alentador pues hemos apreciado sendos pronunciamientos judiciales donde nuestros jueces tanto nacionales como locales han concedido inusuales indemnizaciones de miles de dólares, sin prestar atención de la situación económica del causante de la separación conyugal, soslayando que la inmensa masa de la población que subsiste con apenas una remuneración mínima vital.

Aunque los actores del sistema de justicia son distintos y operan en diversos contextos, es esperanzador encontrar que la experiencia francesa, propone el uso de la equidad, como criterio de valorización de los daños, la cual a mi parecer resulta ser el criterio más aproximación para el establecimiento de la cuantificación de los daños endofamiliares, que con la ayuda de establecimiento de baremos, resultarían evidentemente objetivos la cuantificación aludida, lo que generará confianza de los fallos del Poder Judicial.

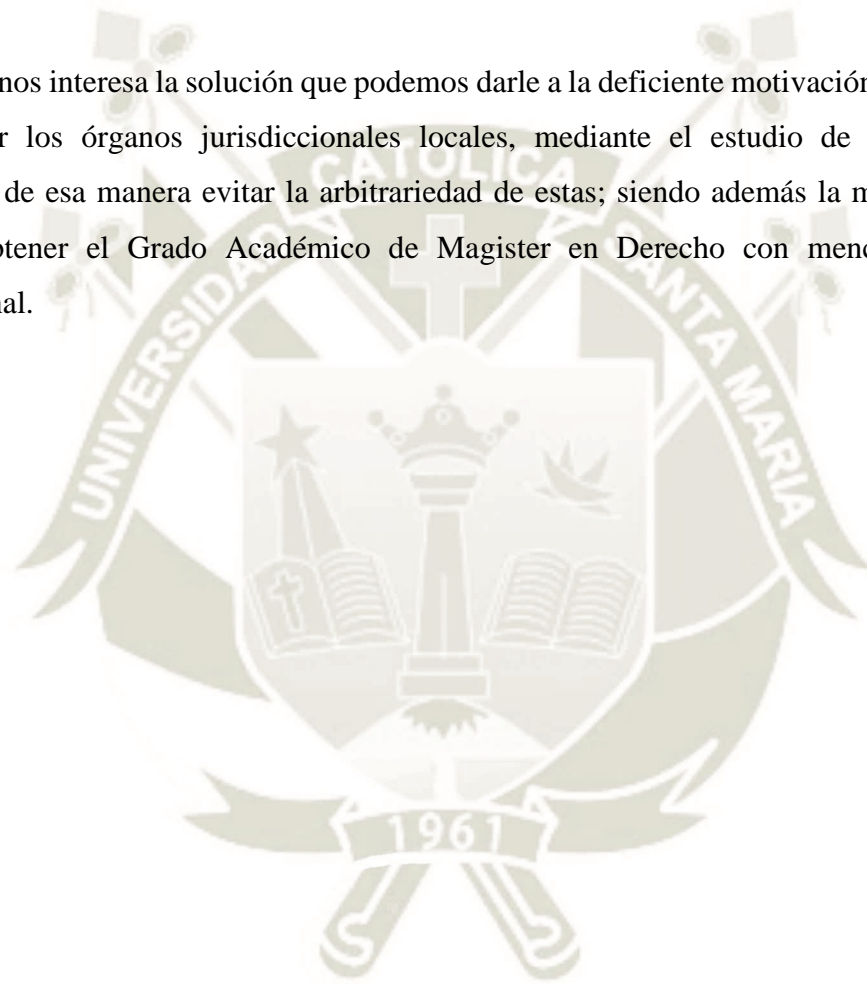
Lo antes expuesto, nos permite afirmar que el establecimiento de baremos para la cuantificación de los daños endofamiliares, resulta ser una herramienta útil, para que la ciudadanía obtenga fallos basados en la justicia equitativa, criterio alentador para reforzar el Estado Constitucional y Social de Derecho, el cual no solo sería un ideal, sino una realidad cuya máxima concreción y vigencia está en manos de los jueces.

En ese orden de ideas, la presente investigación a desarrollar es relevante científicamente debido a que pretendemos estudiar las jurisprudencias emitidas por los Juzgados de Familia de la corte Superior de Justicia de Arequipa, para determinar si éstos generan legitimidad en la población, pues en innumerables ocasiones se han determinado resarcimientos con criterios y cuantificaciones dispares que muchas veces atentan contra la predictibilidad de las resoluciones del Poder Judicial.

Asimismo, la investigación es importante social y económicamente, puesto que los resarcimientos de los daños endofamiliares, serán equitativos acudiendo a criterios que toda la ciudadanía conocerá previamente de manera objetiva estatuidos en baremos, consolidando la igualdad ante la ley, evitando muchas veces los gastos innecesarios en la obtención de pruebas muchas veces psicológicas para probar sus pretensiones discutidas.

De otro lado, es importante porque la sociedad va a conocer y reconocer sobre nuestra labor como profesionales del derecho al vigilar el cumplimiento de los fines del derecho: la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, además de recuperar la imagen institucional del Poder Judicial, como encargado de administrar justicia emanada de los ciudadanos e impartida en nombre de la Nación

Finalmente, nos interesa la solución que podemos darle a la deficiente motivación de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales locales, mediante el estudio de la jurisprudencia extranjera y de esa manera evitar la arbitrariedad de estas; siendo además la motivación de que investiga obtener el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional.



CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1.1. ANTECEDENTES

El artículo 139° de nuestra Constitución agrupa bajo el título de principios y derechos una serie de dispositivos referidos a la función jurisdiccional. Este precepto tiene su antecedente en el art. 233° de la Constitución de 1979, que regulaba la materia bajo el rotulo de “garantías de la administración de justicia”, la constitución de 1993 fue la primera en hacer referencia explícita a la función jurisdiccional. En opinión de Bernales Ballesteros (1999), la denominación anterior resulta más adecuada, debido a que estos dispositivos pueden invocarse y hacerse efectivos materialmente.

Montoya Anguerry (1981), señala que uno de los aspectos más positivos de la Constitución de 1979 fue otorgar carácter constitucional a las garantías de la administración de justicia, las cuales antes estaban reconocidas en leyes de inferior jerarquía.

Comentando el art.233° de la constitución de 1979, sobre las garantías de la administración de justicia, Quiroga León (1989) afirma que:

Estás Garantías pertenecen básicamente al ámbito del derecho procesal (...) que con el desarrollo histórico y teórico de la Teoría General del Proceso ha visto positivizada en el texto normativo de la constitución diversos principios y postulados esencialmente procesales, sin los cuales no se puede entender un proceso judicial justo y eficaz. (págs. 289-290)

Entre esos “principios y postulados” generalmente se señala a las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional, que cabe destacar no se establecieron de forma expresa en la constitución de 1979, ambas figuras serán estudiadas posteriormente. Pero podríamos señalar que en la actualidad el acceso a la justicia (tutela jurisdiccional) mediante un debido proceso, se concibe no solamente como un derecho constitucional, sino como un derecho fundamental. Sobre este asunto, Landa Arroyo (2013) afirma que:

La tutela judicial y el debido proceso se han incorporado al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de aquellos. Se permite, de esta manera que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho, pero en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. (pág. 32)

Respecto al proceso por el cual, las “garantías de la administración de justicia”, hoy entendidas por nuestra constitución como principios y derechos de la función jurisdiccional, recibieron una sistematización constitucional, Quiroga León (1989) precisa que fue:

El proceso de constitucionalización de los derechos individuales iniciado en 1917 con la constitución de Queretano, proseguida con la constitución de Weimar de 1918, el que marca la pauta de la inicial constitucionalización de las garantías de la administración de justicia elevando su rango a los postulados constitucionales. (pág. 290)

Entonces podríamos concluir que el derecho del justiciable a gozar de un proceso judicial que sea justo, equitativo, imparcial y por supuesto dentro de plazos razonables, ya no constituye un problema únicamente procesal, sino que se encuentra dentro del ámbito de los denominados “principios constitucionales de la función jurisdiccional” o “principios constitucionales de la administración de justicia”, ósea dentro de los mínimos que la constitución señala para el ejercicio

de la función jurisdiccional. Siendo este un proceso de transformación del ordenamiento, en la medida que ha sido impregnado por nuevas normas constitucionales (Alvites, 2018).

1.2. DEFINICIÓN

Según Rubio Correa (1999), las normas consagradas en los incisos del art. 139°, son a la vez principios y derechos: Son principios debido a que regulan la conducta de todos los involucrados en un proceso: partes, juez, fiscales, abogados, etc. Nadie puede no obedecerlos, siendo normas de orden público. Además, son derechos, aunque la constitución no precisa derechos de quien, los son de todas las personas relacionadas con la administración de justicia como parte interesada. En esta medida, pueden ser invocados mediante las garantías constitucionales. A estos derechos se refiere el art. 3° de la Constitución, cuando menciona que los derechos enumerados en el Capítulo I: Derechos Fundamentales de la Persona, no excluye a los demás que la constitución garantiza.

Como la constitución señala son Principios de la Función Jurisdiccional. El término Jurisdiccional deriva de Jurisdicción, la cual se debe entender como la capacidad de decir el derecho mediante actos de función, que en el caso de los jueces son sus sentencias u otras resoluciones.

Para Monroy Gálvez (2020), “función jurisdiccional o más específicamente jurisdicción es el poder-deber del estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (...) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados” (pág. 181).

Así también para el autor ya mencionado, la jurisdicción es pues un poder debido que es exclusivo, el estado tiene el monopolio de la jurisdicción, y un deber porque el ejercicio del poder jurisdiccional no es discrecional, cuando el órgano jurisdiccional actúa a partir del pedido de un interesado, lo hace cumpliendo un deber, de tal forma que no podrá rechazarlo a menos que exista un fundamento manifiesto; o como diría Rubio Correa (1999), porque es un servicio que el estado no puede dejar de prestar.

En tal medida, por función jurisdiccional, de acuerdo con Rubio Correa (1999), “debemos entender aquella potestad del Estado de resolver definitivamente los conflictos existentes en la sociedad, diciendo derecho” (pág. 28). Así pues, se entiende la función jurisdiccional como un método de resolución de conflictos. Sobre este asunto el Tribunal Constitucional, en el Exp. Nro.0023-2003-AI/TC, fundamento 11, preciso que:

La función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano (...) es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. (Exp. Nro.0023-2003-AI/TC, fundamento 11)

De esa manera la función jurisdiccional sostiene a la sociedad, pues evita que se tome justicia por la propia mano, y coacciona a las personas a respetar la norma. Así también el TC considera que, la jurisdicción está regulada por 2 clases de facultades:

Las primeras relativas a la decisión y ejecución que se refieren al acto mismo; y las segundas concernientes a la coerción y documentación, que, de un lado, tienden a remover los obstáculos que se oponen a su cabal ejercicio; y de otro, a acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales, otorgándoles permanencia, así como una fijación indubitable en el tiempo, es decir, el modo y forma en que se desarrollan. (Exp. Nro.0023-2003-AI/TC, fundamento 13)

Además, el TC, sobre ejercicio de la función jurisdiccional preciso lo siguiente:

el ejercicio de la potestad jurisdiccional o la potestad de administrar justicia, [es] en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos; el control difuso

de la constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos.
(Exp. Nro.0023-2003-AI/TC, fundamento 14)

Así pues quedan sometidos los actos administrativos también a la potestad jurisdiccional, pues estos también deben emanar de lo justo. De acuerdo a la constitución, esta atribución administrar justicia, de resolver conflictos de manera definitiva corresponde: a los jueces del poder judicial (art.138°), a los jueces de los tribunales militares en todas sus instancias respectivas (art.139° inciso 1 y art.173°), si bien el artículo 139 nos lo menciona de forma expresa, también tiene jurisdicción, el jurado Nacional de Elecciones (art. 142° y 181°), la Junta Nacional de Justicia (art.142°), el Tribunal Constitucional (art.202°) e inclusive a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas (art.149°), siendo que esta potestad recae en varias instituciones estatales además de ello, en tal medida los principios y derechos establecidos en el artículo 139°, también les son aplicables a todos los órganos, aparte del poder judicial, mencionados anteriormente.

Muchas veces se piensa que el Poder Judicial es el único organismo estatal que puede administrar justicia y por ende tener jurisdicción, tal como nos dice el maestro Rubio Correa (1999): “Estos principios y derechos pertenecen al ámbito jurisdiccional del estado, y no solo específicamente a la jurisdicción ordinaria, excluir a los demás órganos implicaría una incorrecta aplicación de la interpretación sistemática por ubicación de la norma.”

1.3. LA UNIDAD Y EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La Constitución consagra en el artículo 139°, inciso 1, los principios de la unidad y exclusividad jurisdiccional: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de lo arbitral y lo militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. El antecedente de este artículo en la Constitución de 1979, lo encontramos en el art.233° inciso 1, que, salvo una diferencia de puntuación, consagra lo mismo que el artículo actual. Vemos que la función jurisdiccional está protegida desde la constitución y que no todo organismo tiene esta función

jurisdiccional, es decir que es exclusiva para algunos organismos estatales, entre ellos el Poder judicial, árbitros y juzgados militares y otros que vamos a desarrollar.

Es preciso primero abordar el principio de unidad de la función jurisdiccional. Históricamente ha existido una diversidad jurisdiccional, pero el advenimiento del estado moderno como monopolizador de la administración de justicia, hace imposible sostener esta idea. Entonces, si la potestad de administrar justicia o jurisdicción emana del pueblo (art.138° de nuestra Constitución), resulta lógico que esta potestad de administrar justicia sea necesariamente única, en el sentido que no es posible admitir que el estado tenga más de una potestad jurisdiccional.

Es por ello que Rubio Correa (1999), afirma que, “por unidad debemos entender que existe un solo vértice de administración de justicia en el Perú, que dirige la actividad jurisdiccional” (pág. 31), aquí el profesor Rubio Correa hace referencia al Poder Judicial, como institución jerarquizada, compuesta de tribunales y juzgados, organizados en una pirámide de poder en cuyo vértice superior esta la Corte Suprema de Justicia. Sobre la materia, el TC es del mismo entender, cuando señala que:

El principio de unidad de la función jurisdiccional es, esencialmente, una parte basilar del carácter organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según esta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado “Poder Judicial”. (Exp. Nro.0017-2003-AI/TC, Fundamento 113).

En otra sentencia, el TC, señalo que el principio de unidad asegura el derecho constitucional a la igualdad ante la ley:

El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad “unitaria”, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la constitución; y, con ello, que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere constitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio en “razón” de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda. (Exp. Nro.0023-2003-AI/TC, fundamento 17).

En ese mismo extremo podemos mencionar que en la sentencia anteriormente citada, desarrolla que el principio de unidad refiere que los juzgados no necesariamente tienen que ser juzgados especializados para poder tener una óptima tutela jurisdiccional.

Sin embargo, el principio de unidad no implica que en el interior del poder judicial no se puedan establecer juzgados especializados, con el objetivo de optimizar la prestación de tutela jurisdiccional, siempre que esos órganos internos aseguren al justiciable las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva. (Exp. Nro.0017-2003-AI/TC, Fundamento 114; Exp. Nro.0023-2003-AI/TC, fundamento 18).

Sobre este asunto, Chocron Giráldez (2005) afirma que esta distribución del trabajo mediante secciones especializadas en el poder judicial, que se distribuyen la potestad jurisdiccional, no implica división de la potestad jurisdiccional, de tal forma que cada órgano intrajudicial detenta y ejerce la potestad jurisdiccional en toda su plenitud y totalidad, de modo que lo que distribuye es la competencia; entonces el poder judicial es único y la potestad jurisdiccional se ejerce en forma autónoma por todos y cada uno de estos órganos.

Entonces podríamos concluir, acogiendo la opinión de Lovaton Palacios (1999), que el principio de unidad jurisdiccional tiene dos significados, uno material referido a la exigencia de juez

ordinario o juez natural-para asegurar la igualdad ante la ley- y otro orgánico, sobre la exigencia de unidad organizativa de juzgados y tribunales.

Respecto al principio de exclusividad de la función jurisdiccional, afirma Rubio Correa (1999) que, “por exclusividad debemos entender que solo aquellos a quienes se da explícitamente la jurisdicción en la constitución son quienes pueden ejercerla” (pág. 33). Según Chocron Giráldez (2005), la exclusividad puede ser abordada desde 3 perspectivas: el monopolio estatal de la jurisdicción, la reserva de jurisdicción y desde una dimensión negativa, según la cual la función jurisdiccional ha de ser la única ejercitada por los juzgados.

Respecto a la primera, el monopolio estatal de la jurisdicción implica que el estado es el único que puede conocer y resolver los conflictos que se suscitan en la sociedad, excluyendo a cualquier órgano o persona privada.

Señala Chocrón Giráldez (2005) sobre la segunda, la reserva de jurisdicción, o dimensión positiva del principio de exclusividad, implica la atribución de la potestad jurisdiccional de forma exclusiva a los órganos jurisdiccionales, mejor dicho que la potestad jurisdiccional se encuentra constitucionalmente reservada al poder judicial, esta afirmación resulta contradictoria en cierta manera, pero ese asunto será abordado posteriormente; la reserva de jurisdicción obedece al hecho de que se pueden suscitar interferencias por parte de otros poderes del estado, como en el ejecutivo, durante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Lo último tiene clara relación con lo afirmado por el TC, según lo cual, “el principio de exclusividad es tributario de la doctrina de la separación, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del estado deben estar distribuidas en órganos estatales disímiles y diferenciados, siendo también distintos los funcionarios (...).” (Exp. Nro.0017-2003-AI/TC, Fundamento 116) El TC se ha manifestado de forma clara sobre la reserva jurisdiccional del poder judicial:

Solo el poder judicial ejerce la función jurisdiccional del estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse el ejercicio de dicha función. (...) en principio, el único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139° inciso 1) (...). (Exp. Nro.0017-2003-AI/TC, Fundamento 118).

La tercera perspectiva se refiere a la dimensión negativa del principio de exclusividad, el cual implica que “los miembros del poder judicial no pueden realizar otras funciones que no sean las limitadas estrictamente al ejercicio de la potestad jurisdiccional” (Chocron Giráldez, 2005, pág. 671). Lo dicho ha sido acogido al TC, ya este ha precisado que:

Los jueces del poder judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer a *juris dictio*, esto es, a ejercer funciones de naturaleza jurídica, de modo que el ejercicio de la función se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de docencia universitaria (...). (Exp. Nro.0017-2003-AI/TC, Fundamento 117).

En otra sentencia el TC se refirió al sentido negativo de la exclusividad: “en el sentido negativo, excluye a la potestad jurisdiccional de otros cometidos públicos distintos a la dirimencia en los conflictos jurídicos en sede judicial” (Exp. Nro.0023-2003-AI/TC, fundamento 23).

Otro aspecto que es necesario tratar en este apartado, es el referido a la cierta contrariedad que se suscita en el artículo 132, inciso 1, el cual, según Monroy Gálvez (2020), “hace referencia a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Sin embargo, en su segundo párrafo (...) luego de reiterar que no existe ni se puede establecer jurisdicción independiente, admite como excepción a la militar y la arbitral” (pág. 194).

Sobre ello, Rubio Correa (1999) considera que el segundo párrafo de este inciso asume de forma equivocada que además del poder judicial, solamente los tribunales militares y arbitrales pueden ejercer jurisdicción, para el autor ya mencionado es un error llamar jurisdicciones a los tribunales militares y arbitrales, siendo en realidad tribunales con competencias propias según las particularidades de cada caso. Sin embargo, como señalamos anteriormente aparte del poder judicial existen otros órganos que administran justicia, que ejercen la función jurisdiccional, como el Jurado Nacional de Elecciones, El tribunal constitucional, etc.

Debido a ello Lovaton Palacios (1999) afirma que, si bien puede hablarse con rigurosidad de un monopolio estatal sobre la jurisdicción, no puede decirse lo mismo del poder judicial, el cual ejerce exclusividad, pero no monopolio sobre dicha potestad.

El hecho que reconozcamos que existen otros órganos jurisdiccionales aparte del poder judicial, no enerva en absoluto el rol protagónico de este último en el ejercicio de la jurisdicción (...) porque la actividad jurisdiccional de los otros órganos constitucionales autorizados para ello es diminuta. (Lovatón Palacios, 1999, págs. 604-605)

Sobre este asunto el TC afirma que:

Conforme al artículo 139° inciso 1, de la constitución, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el poder judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al tribunal constitucional, al jurado nacional de elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo

órgano jurisdiccional (...) la función jurisdiccional del estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la constitución. (Exp. Nro.0004-2006-PI/TC, Fundamento 10).

Por todo lo dicho es que Lovaton Palacios (1999), ofrece una definición conciliadora de las contradicciones del principio de unidad jurisdiccional, según la cual este tiene dos significados, uno material, que consiste en la exigencia de juez ordinario o juez natural, y otro orgánico, sobre la exigencia de unidad organizativa del cuerpo de juzgados. A partir de este doble significado, aquellos órganos jurisdiccionales no judiciales, son una excepción al contenido orgánico del principio, pero no al material, porque el juez ordinario, también puede predicarse de los miembros del TC, del JNE o la Junta Nacional de justicia, siendo que todos estos son elegidos en base a criterios objetivos y ejercen una competencia previamente determinada por ley.

Entonces podríamos concluir este apartado con la concepción de que, los principios de unidad y exclusividad son ambas caras de la misma moneda, sin que ello signifique que son lo mismo; Lovatón Palaciós (1999) establece la diferencia de los términos así: el primero actúa al interior del órgano jurisdiccional, asegurando al juez ordinario y la unidad orgánica, mientras que el segundo actúa respecto el exterior, defendiendo al órgano jurisdiccional de las intromisiones estatales o extraestatales. Ambos buscan asegurar la imparcialidad de función jurisdiccional, a través de lo cual tutelan también su independencia, de forma que ambos principios son sustento del principio de independencia.

La parte final del art.139º inciso 1, precisa que no hay proceso judicial por comisión o delegación, ello significa que el juez competente que lleva adelante un proceso no puede encargar de ninguna manera a un tercero realizar aquellos tramites que son de su competencia, todo aquello hecho violando este principio sería nulo, ya que atentaría contra una norma de orden público (Rubio Correa, 1999).

1.4 LA INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

Como hemos señalado anteriormente el contenido de la función jurisdiccional no se encuentra vinculada, por sí mismo, al poder judicial, sino que se extiende a otros órganos como el tribunal constitucional, el jurado nacional de elecciones, etc. por lo tanto, el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional comprende a la independencia judicial. La actividad jurisdiccional es independiente orgánicamente porque los órganos que ejercen jurisdicción no dependen de ninguno otro en el ejercicio de tal función. El mandato de la constitución es que tengan total independencia.

Castañeda Portocarrero (2007), refiriéndose a la independencia judicial, señala que, en un estado derecho, al juez se le ha encargado cautelar los derechos de ciudadanos, debe resolver conflictos, sancionar delitos, controlar la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de la actuación administrativa; entonces a partir del análisis de los elementos probatorios de cada caso debe concluir que corresponde otorgar a cada litigante. En tal razón, la independencia judicial surge para cautelar que el juez esté libre de toda orden o presión directa o indirecta que lo desvíe del correcto ejercicio de su función jurisdiccional.

Históricamente, la idea de independencia del poder judicial nace con el mismo concepto de Poder Judicial, en oposición al antiguo régimen donde los jueces estaban subordinados al monarca, inspirado por el principio de separación de poderes; mejor dicho, para lograr identificar la función independiente del juez, fue preciso conceptualizar al Poder Judicial como tercer poder del estado, cabe destacar que la independencia del juez encontraba su fundamento en que su acatamiento irrestricto y dependiente de la ley.

En palabras de Montesquieu, el juez era “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley”, entonces la relativa independencia del juez estaba sujeta al dictado del legislador. Esta concepción de la separación de poderes iba más en contra de la concentración que en favor de la separación de

los mismos; actualmente superada esta concepción, la independencia del poder judicial ya no se entiende como un concepto absoluto sino relativo, todos los tribunales son de alguna manera independientes y en otros subordinados, de forma que no se pueden concebir completamente aislados.

Nuestra constitución consagra el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional en su art.139 inciso 2. Desde el ámbito de la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de DDHH, en el *Caso Tribunal Constitucional* señaló que: “73. (...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces (...)” (Corte IDH, 2001). En el mismo caso advirtió que:

75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un estado de derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a sus conocimientos (...) la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas. (Corte IDH, 2001)

En el ámbito de la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional también se ha manifestado sobre el principio de independencia judicial. De acuerdo Exp. Nro.0023-2003-AI, fundamento 29, este principio exige que el legislador tome las medidas necesarias para que el órgano administrador de justicia no reciba injerencia de otros poderes públicos o sociales o incluso de órganos propios del ente judicial, al momento de interpretar el sector del ordenamiento que corresponde aplicarse en cada caso.

Esta independencia debe materializarse, no basta que se establezca en un texto normativo que cierto órgano es independiente en el ejercicio de sus funciones, también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada facilite tal actuación (Exp. Nro.0023-2003-AI, Fundamento 33).

Además, el TC en el Exp. Nro.2465-2004-AA, señaló que, el principio de independencia judicial supone un mandato hacia los poderes públicos, particulares, y los del interior del órgano jurisdiccional, para que se garantice el respeto a la autonomía del poder judicial en el desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales, aspirando a mantener la imagen de imparcialidad frente a la opinión pública (Exp. Nro.2465-2004-AA, Fundamento 7). El juez solo se encuentra y se siente sujeto únicamente al imperio de la ley y la constitución, y no hacia cualquier fuerza o influencia política (Exp. Nro.2465-2004-AA, Fundamento 8).

Según Castañeda Portocarrero (2007), el contenido de la independencia judicial se puede entender de acuerdo a las dos dimensiones sobre las que se proyecta: externa e interna. Sobre la dimensión externa o independencia externa, esta se debe entender como la ausencia de presiones externas respecto del poder judicial, busca excluir intromisiones indebidas de otros poderes (ejecutivo, legislativo) y fuerzas del estado. Sobre esta dimensión el TC señaló:

Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial (...) no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la constitución y de la ley que sea acorde con esta. (...) en el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales. (Exp. Nro.0004-2006-PI/TC, Fundamento 18).

Respecto a la dimensión interna o independencia interna, “se ocupa de la relación que debe existir entre el juez y cualquier tipo de poder al interior de la organización judicial. En ese sentido, se afecta la independencia interna cuando el juez al aplicar el derecho al caso concreto recibe

influencias de otros jueces o del órgano de gobierno del poder judicial” (Castañeda, 2007, p. 54). Sobre esta dimensión el TC afirma:

De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) autoridad judicial, en el ejercicio función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial. (Exp. Nro. 0004-2006-PI/TC, Fundamento 18).

Como se señaló precedentemente, la constitución recoge el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional en el art.139° inciso 2, el segundo párrafo del inciso 2, establece que: “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”. La prohibición de avocarse significa que, “basta que un asunto haya iniciado su trámite ante el poder judicial vía demanda o denuncia aceptadas por el juez para que ninguno de los órganos del estado deba intervenir en dicho asunto hasta la sentencia definitiva” (Rubio, 1999, p. 39).

Además está la prohibición de interferir en el ejercicio de sus funciones, sobre ello Rubio Correa, considera que si se dicta un norma general, que modifica las reglas de ciertos supuestos, siendo esta de aplicación inmediata, el poder judicial deberá resolver los casos sobre esta materia de acuerdo a la nueva ley; ello no constituiría una interferencia del poder legislativo al poder judicial, porque lo que se cambio fue la norma general, entonces estaríamos simplemente ante un cambio de normatividad legislativa (art 102° inciso 1 de la constitución); la interferencia se dará cuando el órgano dicte una norma dirigida específicamente al *caso sub Litis*, bajo la forma de una norma individual en función de las personas, ello constituiría una interferencia del legislativo, al intentar producir una solución de una causa pendiente a través de un acto legislativo *ad hoc*, dicha norma sería inconstitucional sin duda.

El segundo párrafo del art. 139° inciso 2, también hace referencia a la cosa juzgada: “Ninguna autoridad (...) tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada”. Sobre ello Rubio Correa (1999),

las resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada son aquellas que han sido emitidas por la última instancia en el proceso de que se trate o que emitidas por una instancia intermedia no han sido impugnadas mediante recurso en el pazo previsto.

El segundo párrafo, también establece que ninguna autoridad puede cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución.

La parte final del inciso 2, se refiere a que las disposiciones antes descritas, sobre la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional no afectan, al derecho de gracia o la atribución de investigación del Congreso.

El derecho de gracia consiste en la amnistía, el indulto y la conmutación de penas, en dichos casos la modificación de la sentencia no es inconstitucional, porque tanto la amnistía (art.102° inciso 6) y el indulto y la conmutación de penas (art.118° inciso 21) están previstos en la constitución. Sobre la atribución de investigación del congreso (artículos 96°, 97°, 99° y 100° de la constitución), ella es amplia y general, sin embargo las investigaciones del congreso se sustentan en sus atribuciones políticas de control, el congreso no ejerce una función jurisdiccional, en tal razón, todo lo que el congreso halle o decida, no tendrá efecto jurisdiccional, solamente servirá como elemento de juicio que el congreso aporte al juez competente para que él tome la decisión jurisdiccional (5). Tal como señala, Aldunate Lizana (1995), “una investigación no jurisdiccional sobre hechos no puede imponerse a particulares (ni afectar su libertad) (...) ni puede vincular consecuencias jurídicas a los hechos establecidos, ya que esa labor (juzgar) corresponde a la jurisdicción”.

Es preciso destacar que las decisiones del congreso si tendrán una influencia procesal sobre la administración de justicia en ciertos casos señalados en el art.100° de la constitución.

En este artículo referido antejuicio político, la norma obliga al fiscal de la nación, en caso de resolución acusatoria de contenido penal por parte del congreso, de formular denuncia ante la Corte Suprema sin poder exceder ni reducir los términos de la acusación del congreso, de igual forma el Vocal Supremo Penal estaría obligado a abrir instrucción sin poder exceder ni reducir lo determinado por el congreso en su resolución acusatoria.

1.5.LA OBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL.

Nuestra Constitución, en el art.139° inciso 3, consagra los principios del debido proceso y tutela jurisdiccional y la exigencia de juez predeterminado por ley. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, “son similares, casi conceptos sinónimos, ya que ambos protegen de la misma forma a las partes que se encuentran inmersos en un proceso sea dentro del órgano jurisdiccional como fuera de él” (Chiabra Valera, 2010, pág. 68). Por fines de estudio, abordaremos ambos conceptos por separado.

El debido proceso, es una institución de origen anglosajón, siendo la traducción literal de “*Due process of law*” consagrado en las Enmiendas V y XIV de la constitución de los Estados Unidos. Según Landa Arroyo (2002), el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona, y no solo un principio o derecho de aquellos que ejercen la función jurisdiccional, como derecho fundamental, resulta oponible a todos los poderes del estado e incluso personas jurídicas, debido a ello, el debido proceso se ha expandido como debido procedimiento administrativo ante entidades estatales, como debido proceso parlamentario y debido proceso *inter privatos* aplicable en las instituciones privadas.

Chiabra Valera (2010) señala que el estudio y definición del debido proceso, es un asunto complejo, ya que abarca numerosos aspectos desarrollados por las jurisprudencias de los ordenamientos que lo han consagrado, debido a que comprende aspectos sustantivos como procesales.

En nuestro medio para Landa (2012), “es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales” (pág. 59). Landa Arroyo también se refiere al doble plano del debido proceso, ya que responde a elementos procedimentales (juez natural, derecho de defensa, plazo razonable, motivación resolutoria, etc.) y asegura elementos sustantivos, lo que se refiere a la preservar criterios de justicia que sustenten una decisión como el juicio de razonabilidad, el juicio de proporcionalidad, etc.

La complejidad para definir el debido proceso y otorgarle un contenido preciso, responde según Rubio Correa (1999) al origen anglosajón de la institución, en el derecho anglosajón el contenido esencial de un concepto es claro, pero sus alcances varían con las sentencias, añadiéndosele contenido por el sistema de precedentes. De forma que el contenido del debido proceso que solo podrá ser precisado y definido por la ley y por la jurisprudencia que lo aplique de forma creativa.

En tal medida, El Tribunal Constitucional, en el Exp. Nro.09727-2005-PHC/TC, fundamento 7, señaló que el debido proceso, “significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos” (Castillo Cordova, y otros, 2010 , pág. 16).

En TC también se ha referido sobre la doble dimensión: formal y sustantiva del debido proceso (Landa Arroyo, 2012). En el Exp. Nro.3421-2005-HC/TC, fundamento 5, señaló que la dimensión formal o adjetiva se refiere al cumplimiento de las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales y la dimensión sustantiva, la cual protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios que provengan de cualquier autoridad o persona particular, de tal forma

que la observancia del debido proceso se satisface también cuando los actos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios.

En el Exp. Nro.00917-2007-PA/TC, fundamento 14, el TC ahondo en el aspecto sustantivo del debido proceso: “en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como la razonabilidad y la proporcionalidad de toda decisión con la que se pone termino a una controversia, debe suponer.” (Castillo Cordova, y otros, 2010 , pág. 25)

Sobre su contenido, el TC preciso en el Exp. Nro.0004-2006-PI/TC, fundamento 22: “constituye un derecho (...) “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionando artículo [art.139°], o deducidos implícitamente de él.” (Landa Arroyo, 2012, pág. 60)

Según Castillo Córdova (2010), el TC ha reconocido una serie garantías procesales del debido proceso como: derecho de acceso a la justicia; derecho a la ejecución de las resoluciones; derecho a un plazo razonable en el juzgamiento; derecho a la duración razonable de la detención preventiva; derecho de acceso a los recursos; *ne bis in ídem*: derecho a la tutela cautelar; derecho aun independiente e imparcial; derecho a la prueba; derecho a la igualdad procesal entre las partes; derecho a no autoincriminación, y derecho a la prohibición de la reforma en peor.

La Tutela Jurisdiccional que también está contenida en el art.139°. 3, De acuerdo a lo referido por Chiabra Valera (2010), “proviene del derecho alemán, según Couture, significando la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social, mediante la vigencia de las normas jurídicas.” (pág. 69)

Existe un debate en la doctrina sobre la relación entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional. Rubio Correa (1999) considera que son lo mismo, “parecen ser en sustancia el mismo cuerpo de derechos que tiene dos nombres distintos por haber tenido dos procedencias distintas tanto de

naciones como de familias del Derecho.” (pág. 65) Como señalamos el debido proceso tuvo su origen en el derecho anglosajón, Tal es así que Chiabra Valera (2010) señala que:

La Europa continental nunca se había acogido propiamente una idea del *Due process of law*. Por lo que se configuro un nuevo derecho que se denominaría Tutela jurisdiccional efectiva, definido como el derecho de toda persona a que se haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, su pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas. (pág. 69)

Sobre la Tutela jurisdiccional efectiva Landa Arroyo (2012), señalo que:

Se trata de un derecho genérico o complejo que se descompone en otros diversos derechos enumerados dentro de él, y algunos otros implícitos, entre los cuales destacan el derecho de toda persona de promover la actividad jurisdiccional del estado y el derecho a la efectividad de las resoluciones. (págs. 90-91)

De forma similar se ha expresado el TC: “Supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en sentencia” (Castillo Cordova, y otros, 2010 , pág. 16). El acceso a la justicia debe entenderse como un derecho de toda persona, que le asegura el acceso a un tribunal de justicia, para que, mediante un proceso respetuoso de las garantías, sustente su pretensión, esto no debe entenderse como que juez deba admitir toda demanda a trámite, y tampoco que estime favorablemente todas las pretensiones que le formulan (Landa Arroyo, 2012). Sobre este derecho el TC en Exp. Nro.010-2001-AI-TC, fundamento 10, señalo:

Su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”, pues, como lo especifico el artículo 25°.1 de la convención americana de Derecho Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un “recurso efecto”, lo que supone no solo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual

se puede dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de controversias. (Landa Arroyo, 2012, pág. 91)

Sobre la efectividad de las resoluciones judiciales, el TC en Exp. Nro.0015-2001-AI, fundamento 11, afirmo:

(...) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido. (Exp. Nro.0015-2001-AI, fundamento 11)

En la legislación, el Art. 4º del Código Procesal Constitucional también ha desarrollado en parte el contenido de la tutela judicial.

Sobre el tercer punto de este apartado, La Jurisdicción Predeterminada, el art.139º.3 consagra que: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por 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”. Al respecto, García Chavarri (2010) señala: “el derecho al “juez predeterminado por ley” consiste en la garantía de ser juzgado por quien ha sido atribuido como tal según previa distribución de competencias jurisdiccionales realizadas en observancia del principio de legalidad” (pág. 89).

El derecho a una jurisdicción predetermina busca evitar que a una persona determinada le sean impuestos jueces o procedimientos que le favorezcan o perjudiquen por el hecho ser tal persona, ello contraviene al principio de que la ley es igual para todos (Rubio Correa, 1999). Sobre la materia el TC ha señalado que el derecho fundamental al juez predeterminado por ley, implica dos exigencias:

1) que quien juzgue sea un juez (...) que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por 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 cualquier de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto (...) 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 que así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica. (Exp. Nro. 1937-2006-PHC/TC, fundamento 2)

1.6. LA PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS.

Castillo Alva (2014) señala que en un estado constitucional y democrático impera el principio de publicidad de los actos estatales, lo que implica la ausencia de secretos en la administración pública, el secreto es una excepción, siendo la regla la publicidad y transparencia. El principio de publicidad procesal es una de las manifestaciones del principio de publicidad de los actos estatales, que además contiene al principio de publicidad de las normas y el principio de publicidad parlamentaria.

Así también señala Siles Vallejo (2003) que uno de los rasgos distintos de la justicia democrática dentro de un estado constitucional de derecho, es la publicidad de los procesos judiciales, especialmente los penales. Sobre esta relación entre orden democrático y publicidad procesal, Nino Apunto: “el proceso judicial, como todo acto republicano debe ser público, o sea, sus diferentes pasos deben estar abiertos al conocimiento directo o inmediato de la población en general.” (Guardia, 2007, pág. 102)

La tradición jurídica liberal, desde sus comienzos, propugno la publicidad procesal, tal es así, que Beccaria pide que “sean públicos los juicios y las pruebas de un delito; para que la opinión que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y las pasiones” (Siles Vallejo, 2003, pág. 171).

Por su parte, Jeremy Bentham afirmaba que “la publicidad es la más eficaz salvaguarda del testimonio y de las decisiones judiciales que del mismo se derivaren: es la alama de la justicia y debe hacerse extensiva a todas las partes del procedimiento” (Guardia, 2007, pág. 117). De esta forma la publicidad procesal, “reafirma la democracia como régimen del poder visible, ya que el carácter público del poder, entendido como no secreto, como abierto al público, permanece como uno de los criterios fundamentales para distinguir el estado constitucional del estado absoluto” (Siles Vallejo, 2003, pág. 171).

Según Tamayo Carmona (2013), se pueden distinguir dos ámbitos del principio de publicidad de los procesos: interno y externo. El primero asegura el derecho de las partes a tener un proceso justo y con todas las garantías respectivas, de forma que se proscribe la arbitrariedad; el segundo, la publicidad externa, está orientado a la posibilidad de que la actuación judicial, pueda ser conocida por terceros ajenos al proceso. El segundo ámbito se refiere al control de la sociedad sobre la administración de justicia, la cual solo puede hacerse si los interesados y medios de comunicación tiene acceso a la realización de los procesos, aunque con ponderación para que lo difundido no pueda ser malinterpretado y con ello agraviar la reputación de los involucrados en el proceso.

Nuestra Constitución señala en el art.139° inciso 4 consagra que todo proceso es público salvo disposición contraria de la ley, además señala que: “Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a los derechos fundamentales garantizados por la constitución son siempre públicos”.

El primer párrafo del inciso 4 establece como regla general la publicidad de los procesos, aunque como señala este existen casos que no es preciso ventilar (como el ejemplo clásico de un delito contra el honor sexual de una persona), entonces si no hay una autorización expresa de la ley, se aplica la regla general de la publicidad de los procesos.

El segundo párrafo del inciso está referido a los procesos que es imposible ventilar en privado, primeramente, los casos de responsabilidad de funcionarios públicos, con el fin de hacer más difícil la corrupción en el trámite y las decisiones jurisdiccionales. También están los delitos contenidos por medios de prensa y los referidos a derechos constitucionales fundamentales (art.2º), este caso se busca que la reserva no permita el abuso, ya sea en un castigo excesivo o mediante una actitud tolerante, el art.357º inciso4 del NCPP señala lo mismo que el segundo párrafo.

Continuando en el ámbito de la legislación nacional, el art. 10º de la LOPJ señala: “Toda actuación judicial es publica, con las excepciones que la constitución y las leyes autorizan”, de forma que según el art. 131º de la LOPJ: “en las audiencias públicas se prohíbe el ingreso de menores, salvo autorización especial o que sean estudiantes de derecho”.

En general las excepciones al principio de publicidad procesal están dispersas y atomizadas en el ordenamiento, por ejemplo, el art. 357º del NCPP señala las excepciones al principio de publicidad en el juicio oral. De acuerdo a Castillo Alva (2014), “en la legislación ordinaria peruana se considera que la publicidad en el juicio se cumple cuando se crean las condiciones apropiadas a fin de que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia (art. 358º inc. 1)” (pág. 39).

Los tratados internacionales también han reconocido el principio de publicidad procesal. LA convención americana de DDHH, en su art.8º.5 declara que “el proceso penal debe ser público,

salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art.14º.1 señala que toda persona tiene el derecho “a ser oída públicamente (...) por un tribunal (...) en la substanciación de cualquier acusación formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil” (Siles Vallejo, 2003, pág. 171). Sin embargo, el Pacto en el propio art. 14º.1 precisa ciertas excepciones:

La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional (...) cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal (...). (Castillo Alva, 2014, pág. 38)

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, respecto al principio de publicidad procesal, el Tribunal Europeo de DDHH (TEDH) ha defendido su valor, de forma que en la Sentencia del 8-12-1983, señalo que:

La función política del control del poder judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia. (Cubas Villanueva, 2005, pág. 160)

Además, en el *Caso Sutter*, el TEDH, preciso que:

La publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, a que se refiere el artículo 6º.1, protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapase de la

fiscalización del público; y constituye también uno de los medios que contribuyen a mantener la confianza en los tribunales de justicia en todas las instancias. (Siles Vallejo, 2003, pág. 172)

1.7. LA MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES A NIVEL GENERAL.

De acuerdo a Ariano Deho (2005), la obligación de motivar las sentencias es un legado de la revolución francesa, teniendo su origen, en la ley aprobada el 24 de agosto de 1790 por la Asamblea Nacional francesa, que reorganizó la justicia francesa, de forma que estableció claramente que toda sentencia, debía contener los motivos que determinaron la decisión. Esta imposición de motivar las sentencias aspiraba a asegurar a los franceses la sujeción del juez a la ley, buscando evitar así el despotismo de los jueces del Antiguo Régimen, que no estaban obligados a motivar sus sentencias. Señala Hakansson Nieto y otros (2005) respecto a nuestro ordenamiento constitucional, el deber de motivar aparece en la Constitución de 1828, en los artículos 122° para “juicios civiles” y 123° para las “causas criminales”.

Nuestra constitución vigente, establece la obligatoriedad de la motivación, en su art.139° inciso 5: “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 los fundamentos de hecho en que se sustentan”. De acuerdo a este mandato constitucional, la motivación de las resoluciones judiciales es un *derecho* de toda persona de recibir por parte del órgano jurisdiccional una decisión que contenga una motivación razonable y objetiva que brinde respaldo, de forma coherente y con argumentos suficientes a dicha decisión, la cual estará contenida en una resolución.

Además, como señala Castillo Cordova y otros (2010) la motivación es un *principio*, ya que es consustancial al acto jurisdiccional o mejor dicho a la función jurisdiccional, que se desnaturaliza sin una debida motivación que brinde legitimidad a la autoridad del juez en cada una de sus decisiones; al ser un principio este impone obligaciones ineludibles a los jueces, de forma que si

incumplen este mandato, incurren en un supuesto de nulidad del acto jurisdiccional de acuerdo al art.50°.6 del Código Procesal Civil.

Así también el autor ya mencionado señala que la motivación es también una *garantía*, ya que permite asegurar el cumplimiento, o puesta en escena de otros derechos y principios que son propios de la función jurisdiccional, como por ejemplo la pluralidad de instancias, ya que mediante la motivación las partes pueden controlar la actividad de la primera instancia, pudiendo cuestionarla a través de los mecanismos que señala el ordenamiento; como garantía, la motivación también sirve para determinar la propia independencia e imparcialidad del juez, mediante la motivación la colectividad juzga al juez, y a la vez, el propio juez filtra y gobierna sus ideas y sus prejuicios personales.

Como señala la constitución la motivación debe ser escrita, en razón que debe quedar constancia de ella, además la constitución señala que el juez debe identificar de forma expresa la ley aplicable y los fundamentos de hecho, es decir aquellos hechos en base a los cuales el juez arriba a la decisión y naturalmente deben haber sido probados en el proceso.

La constitución también hace referencia a los decretos de mero trámite, exceptuándolos de la motivación escrita. “En los decretos el juez no tiene el deber de motivar *porque dicha resolución no posee contenido decisorio*. Si no se decide, entonces no se requiere motivar” (Cavani, 2017, pág. 118).

Para finalizar este apartado, en referencia al desarrollo jurisprudencial por parte del TC sobre la motivación, en la sentencia del Caso Giuliana Llamuja del Exp. Nro.728-2008-PHC/TC, fundamento 7, el TC precisó cinco razones que habilitan el control constitucional de una resolución

judicial, de forma que a la vez el TC delimito el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Los cinco supuestos son los siguientes: “a) Carencia total de motivación o motivación aparente, b) por incurrir en defectos en la justificación externa, c) por una motivación insuficiente, o d) por incurrir en una motivación sustancialmente incongruente” (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamajo Hilares, 2008).

1.8. LA PLURALIDAD DE LA INSTANCIA.

Nuestra constitución, reproduciendo a la constitución anterior de 1979 (art. 233°.18) consagra como principio y derecho a la pluralidad de instancia en su art.139 inciso 6: “la pluralidad de la instancia”. Este derecho ha sido reconocido por la normativa internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su art.14°.5 que: “5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (...)”. Y por su parte La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art.8.2.h señalo: “2. Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (...) h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (...). Según Rubio Correa (1999) la pluralidad de instancia:

Es un principio según el cual siempre que hay una primera decisión jurisdiccional en un proceso las partes deben tener derecho a pedir que otra instancia distinta y superior a la primera revise el fallo. Se busca, así, que no haya arbitrariedades en la justicia producto de la simple subjetividad de un juez o de quienes conforman un órgano determinado. (Rubio Correa, 1999, pág. 81)

Las partes deben tener derecho, ello significa que la pluralidad de instancias es “un derecho subjetivo (...) no una objetiva exigencia del sistema procesal. Si así lo fuera, emitida la resolución final de un proceso (...) este debería necesariamente y oficiosamente parar al conocimiento de otro juez, siendo indiferente el querer de las partes” (Castillo Cordova, y otros, 2010, pág. 275).

En general la pluralidad de instancias busca asegurar una decisión justa, ya que procura neutralizar los riesgos de la falibilidad humana, los riesgos disminuyen, si se prevé al menos dos instancias, una que formula la decisión y otra que la revisa.

El tratamiento dado por la constitución a la pluralidad de instancia es indeterminado, por lo que es preciso ver que alcances ha brindado sobre ello el Tribunal Constitucional. El TC ha señalado que la pluralidad de instancias es un derecho fundamental que forma parte del debido proceso y que es una garantía que ofrece el estado constitucional (Exp. Nro. 07566-2005-AA/TC, fundamento 3).

En el Exp. Nro.07566-2005-AA/TC, fundamento 2, reconoció lo mismo: “El derecho a la pluralidad de instancia constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso”. En la misma sentencia señaló que: “Garantiza que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esta manera se permita que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional” (Exp. Nro.07566-2005-AA/TC, fundamento 2).

Sobre esta vinculación entre la pluralidad de instancia y el debido proceso, Ariano Deho (2010), considera, contrariamente al criterio del TC, que el reconocimiento hecho por nuestra constitución de la pluralidad de instancia, confirma que dicha garantía tiene una cobertura constitucional autónoma, de forma que no es necesario adscribirla dentro de otro derecho constitucional mayor

(derecho de defensa, tutela judicial efectiva o debido proceso) como se hace en otros ordenamientos.

El TC también se ha referido a la finalidad que persigue la pluralidad de instancia: “promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quien se encuentran autorizados, en nombre del pueblo sobreaño, a administrar justicia” (Exp. Nro.05194-2005-AA/TC). Sin embargo, dicha finalidad, revisión por un órgano superior, solo se puede conseguir mediante los medios impugnatorios pertinentes formulados dentro del plazo legal establecido (Exp. Nro.03261-2005-AA/TC, fundamento 3).

En razón a ello, Castillo Cordova (2011), señala que la pluralidad de instancia es un derecho de configuración legal, en el sentido que la oportunidad y el modo de acceder a una segunda instancia procesal viene determinada por ley, esto no significa que el legislador pueda regular su ejercicio a su antojo, la regulación no podrá jamás desnaturalizar el derecho haciéndolo inviable o dificultando irrazonablemente la interposición de los recursos respectivos.

De forma que la propia ley determina un recurso para impugnar determinadas resoluciones, en consecuencia, cuando corresponde uno normalmente no se admite otro. Sobre ello el TC afirmo que: “el justiciable no puede ofrecer medios impugnatorios no previstos en la ley ni utilizar arbitrariamente alguno de los que conforman el catálogo de medios para destinarlo específicamente a cuestionar resolución de tipo distinto a la que le causa agravio” (Exp. Nro. 00478–2005–AA/TC, Fundamento 4).

Cabe precisar que el justiciable no puede recurrir todas y cada una de las resoluciones: “el referido derecho no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso” (Exp. Nro. 05410-2013-PHC/TC, fundamento 2.3).

El TC también ha delimitado el número de instancias para satisfacer las exigencias del derecho fundamental. Establece un mínimo de dos instancias: “el inciso 6) del artículo 139^a no precisa cuantas deben ser esas instancias, pero si establece que deba existir una instancia plural, por lo que el contenido constitucionalmente garantizado exige que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia” (EXP.Nº01755-2007-AA/TC, fundamento 4).

Sin embargo, también debe existir un tope: “El derecho a la pluralidad de instancias no significa la existencia de una organización judicial estructurada en fases sucesivas sin tope” (Exp. Nro.00478-2005-AA/TC, fundamento 4). Sobre este punto cabe destacar que como señala Rubio Correa (1999), la acción de inconstitucionalidad es el único procedimiento con instancia única, la cual se tramita de forma exclusiva ante el TC (art.202º inciso 1 de la constitución).

Volviendo a la jurisprudencia, el TC también considera que: “El número máximo de instancias jurisdiccionales que el legislador contempla puede variar teniendo en cuenta la naturaleza de las materias (...), es decir en caso se trate de un proceso civil, penal o administrativo o constitucional” (Exp. Nro.01755-2007-AA/TC, fundamento 4).

Finalmente, El TC es de la opinión que la pluralidad de instancias puede exigirse en otras sedes aparte de la judicial, como la administrativa o privada, entre otras, toda vez que lo permita la naturaleza particular de esas sedes (Exp. Nro.00037-2009-AI/TC, fundamento 51). Así por ejemplo el TC se pronunció sobre la sede administrativa: “(...) la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo, pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede; pero si lo es del derecho al debido proceso judicial (...)” (Jordan Manrique, 2005, pág. 76). Entonces podríamos concluir que el derecho a la pluralidad de instancia no es absoluto, debiendo acomodarse al contexto actual, toda vez que es una institución que es llenada de contenido mediante decisión del propio legislador (Jordan Manrique, 2005).

1.9. EL PRINCIPIO DE NO DEJAR DE ADMINISTRAR JUSTICIA POR VACÍO O DEFICIENCIA DE LA LEY.

En buena cuenta el derecho existe para ser aplicado a las conductas sociales. Si bien la aplicación del derecho debiera suponer la identificación de las normas y su cumplimiento, en la realidad, la situación resulta más compleja, generalmente se presentan diversos problemas encadenados sucesivamente. Para dar solución a esta dificultad, se han desarrollado la interpretación jurídica y la integración jurídica (Rubio Correa, 2009).

La interpretación jurídica se da cuando existiendo una norma jurídica aplicable, el sentido normativo de esta no es claro, mediante la interpretación jurídica se busca establecer el sentido correcto de dicha norma. Y la integración jurídica, se presenta cuando no hay norma jurídica aplicable y es preciso dar una respuesta jurídica al caso planteado, de forma que mediante la integración no se aplica normas, sino más bien se crea una norma para dicho caso (Rubio Correa, 2009). En otras palabras, “la interpretación supone la existencia de un precepto jurídico; mediante la integración, el jurista intenta elaborar un nuevo precepto” (Galindo Garfias, 2006, pág. 15).

Nuestra Carta Magna, se refiere a la integración jurídica, en el Art.139° inciso 8, en dicho texto consagra “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (...) En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. Recibir justicia por parte del poder judicial es un derecho de toda persona y rol fundamental del estado, por lo que el vacío o deficiencia de la ley, o mejor dicho de la norma jurídica, no puede ser excusa para que una persona quede sin justicia, el juez que incumpla este mandato incurre en delito tipificado en el art.422° del CP (Rubio Correa, 1999).

Como señala Rubio Correa (1999), “existe un vacío del derecho en el sentido en que la constitución utiliza el termino cuando ante un hecho se llega a la conclusión que debería haber una norma reguladora y ella no existe” (págs. 94-95).

Cabe precisar que cuando la constitución habla de “vacíos” se está refiriendo en realidad a lo que la Hakansson Nieto y otros (2005) denominan “Lagunas del derecho”. Existe un antiguo debate sobre la existencia de las lagunas del derecho, que nuestra constitución denomina “vacíos”. La postura que sostiene la inexistencia de las lagunas en derecho representada por Basterra (2000), consideran que un ordenamiento jurídico mediante el principio de clausura: “Todo lo que no está prohibido está permitido”, se torna en un sistema cerrado, permitiendo resolver todas las situaciones no expresamente normadas y vacías que se produzcan.

Dicho principio se traduce en nuestro ordenamiento constitucional como: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (art.2º.24.a de la Constitución). Sobre este asunto Rubio Correa (1999), considera que los positivistas, Kelsen incluido, sostienen que solo pueden solucionarse problemas dentro del derecho cuando dicha respuesta se encuentra *dentro de él*, sea bajo la forma de una norma o de un principio incorporado en la normatividad. Los positivistas no consideran nunca que integren derecho, simplemente interpretan uno de los posibles sentidos, no siendo este solamente el literal sino otros más.

Volviendo a lo señalado por la constitución, está también se refiere a la deficiencia de la ley, la cual “es un defecto: la norma existe, pero no es adecuada para resolver el caso planteado” (Rubio Correa, 1999, pág. 97).

En el entendido que, ante la presencia de vacío o deficiencia de ley, deben aplicarse técnicas de integración jurídica, para salvar esta dificultad. Muro Rojo (2005), señala que la primera que

aparece es la analogía. La analogía jurídica consiste en aplicar a un caso no previsto por el ordenamiento, disposiciones jurídicas que están destinadas a regir casos similares, debe existir semejanza de una cosa con otra, no implica identidad, porque la identidad anula la analogía, ya que en esta existe una semejanza que, si bien es esencial, no es perfecta; en la analogía es preciso que una parte sea diferente del resto, sino estaríamos frente a una identidad, pero no una analogía.

Aunque ni el art. 139°.8 ni el art. VIII del T.P del CC permiten acudir a la analogía, su empleo se puede desprender del art. III del T.P del CC: “la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”, de forma que fuera de dichas limitaciones, se podría recurrir a la analogía en cualquier otro caso.

Sin embargo, lo que sí señala claramente nuestra constitución es que, para resolver los vacíos y deficiencias de la ley, se deben aplicar los principios generales de derecho y el derecho consuetudinario. Respecto a los principios generales existe un amplio debate, las posturas según Rubio Correa (1999) son las siguientes: Una postura considera que estos no existen y que solamente hay normas jurídicas con varias posibilidades de interpretación respectiva. Otra considera que existen, pero solo deben tomarse válidamente para realizar integración dentro de un sistema jurídico, que los ha incorporado positivamente. Y finalmente una postura que considera que existen en diversos niveles del derecho, pudiendo utilizarse para la integración jurídica.

Ofrecer una definición completa sobre los principios generales de derecho resulta complicado, en razón de que siguen siendo para muchos un concepto complejo, oscuro, de significado múltiple y ambiguo, capaz de albergar productos de distinta naturaleza; sin embargo, actualmente nadie cuestiona de forma seria que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas específicas y principios. En opinión de Leguina Villa (1987): “los principios generales expresan y articulan técnicamente los valores centrales, las representaciones jurídicas generales o las opciones básicas de cada sistema jurídico” (pág. 8). Para Rubio Correa (2009), son:

Conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento. (pág. 284)

En opinión del TC, los principios generales del derecho:

Alude[n] a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte de núcleo central del sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquel, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones del carácter técnico-jurídico (Exp. Nro.047-2004-AI/TC, fundamento 42).

Una de las más severas críticas en contra de los principios, consiste en que, por su naturaleza de normas ambiguas, aumentan la discrecionalidad de los jueces. En una postura contraria a este planteamiento, Campos Bernal (2010), considera que los principios permiten controlar de forma más eficaz el arbitrio del interprete debido a que: 1) Aumentan la carga de la argumentación, ya que el contenido de los principios no está dado previamente, el juez está obligado a justificar en que basa dicho contenido; 2) Los principios motivan al juez a una conducta de tipo dialógica, debido a que el contenido de los principios es producto de una reflexión externa al sistema legislativo, el juez debe tomar en cuenta los diversos puntos de vista que complementan la interpretación de dichos principios.

Finalmente, el art.139°.8 hace mención del derecho consuetudinario, por este, “debemos entender el conjunto de costumbres que, con antigüedad, conciencia de obligatoriedad y uso generalizados utilizan los pueblos para regir sus relaciones jurídicas” (Rubio Correa, 1999, pág. 101). De esta forma la constitución otorgo rango constitucional a la costumbre, de forma que se apartó del criterio de su antecedente el art.233° inciso 6 de la constitución de 1979, el cual tenía una formula idéntica al artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil vigente.



CAPITULO II

EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

2.1 ANTECEDENTES:

El ordenamiento jurídico peruano es parte de la familia del derecho romano – germánico y es por ello que los antecedentes del derecho a la motivación de resoluciones judiciales que vamos a analizar se encuentran dentro de la mencionada familia, parte de la doctrina manifiesta que la motivación de las resoluciones judiciales que se maneja en los ordenamientos jurídicos como el peruano, es una idea novedosa, sin embargo, no es del todo cierta, ya que la idea de motivar no es reciente y a lo largo de la historia ha sufrido cambios importantes.

Por mucho tiempo se ha hablado sobre la importancia de la motivación en Roma existiendo diversas teorías, sin embargo, los criterios se uniformizaron en el sentido de que la motivación no era obligatoria y que, los fallos emitidos por jueces romanos no tenían como exigencia ser justificados; los pontífices, patricios y *advocatus* tenían conocimientos de todos los textos legales de la época y con aquel conocimiento obtenido resolvían los conflictos sociales que se producían en esos tiempos, es por ello que se les otorgó la labor de llevar a efecto la justicia.

En la Edad Media no existía la motivación como tal, esta función que en la actualidad es fundamental en todo Estado de Derecho no lo era en aquellos tiempos, debido a que, las sentencias emitidas por los jueces se circunscribían a la utilización y aplicación de normas y principios que regían en esa época, y a consecuencia de ello los jueces al momento de resolver los casos no

declaraban en los fallos los motivos de su decisión y tampoco daban razones que lo sustentaban. En referencia a lo mencionado anteriormente Colomer Hernández (2003) indica que:

En la edad media se rindió culto al Derecho “justineano” que seguía la técnica de la glosa, según la cual el modo jurídico de razonar consistía en acudir a proposiciones también denominadas brocárdicos latinos, que portaban las reglas y principios esenciales de la decisión. De ahí que, con carácter general en toda Europa, las resoluciones judiciales no eran motivadas, pues bastaba la indicación de dicha proposición para entenderlas justificadas. (Pág. 424)

Alrededor de los siglos XVI y XVII es cuando el sistema judicial de Europa empieza a organizarse y fortalecerse, y para ello se requiere de calidad en la formación de los funcionarios judiciales que son personas más capacitadas, otro cambio fundamental en relación a tiempos pasados, es que en esta época los jueces superiores comienzan a despojar a la discrecionalidad al momento de emitir un fallo, sustentando sus decisiones en documentos que se encontraban dentro de expedientes. Damaska (2000) en relación a la labor de los jueces de esa época ha precisado que los jueces de niveles superiores aceptaron la reducir el espacio de su discrecionalidad y es por ello que sus decisiones se basan en expedientes recogidos en forma documental y ordenada por los funcionarios judiciales especializados de manera oficial.

Un punto de quiebre en el que la motivación de las Resoluciones Judiciales empieza a adquirir carácter vinculante, es decir comienza a ser obligatoria se da con la tendencia “pro - motivacionista” de la Revolución Francesa, y es que en aquella época se había perdido la confianza en los magistrados y a su vez se temía al abuso de su discrecionalidad que podría llevarse a arbitrariedades, y ante esta situación hacer obligatoria la motivación de las Resoluciones Judiciales, explicando claramente los motivos que lo llevo a tomar esa decisión, se convierte en una especie de garantía que otorgaría seguridad para los justiciables. La ley francesa del 24 de

agosto de 1790 que en su artículo 15° prescribió que, todo tipo de sentencia ya sea en materia penal o civil, exigía la motivación de la misma, y a su vez todas las sentencias tenían que contener todas las formalidades requeridas.

Gozaini ha destacado que; “El siglo XVIII consolidó con múltiples reformas legislativas y códigos sustanciales y procesales, la carga legal de motivar las resoluciones judiciales e incluso luego, este deber se volcó hacia las constituciones de los distintos Estados” (Gozaini, 2004, pág. 424); de esto podemos colegir que la obligatoriedad de la motivación de las resoluciones judiciales fue una gran conquista para que pueda materializarse lo que hoy conocemos como el debido proceso y evitar todo tipo de arbitrariedades en los procesos que se lleven a cabo, poco a poco la motivación se fue perfeccionando como derecho, principio y por ultimo como garantía, reformando ordenamientos jurídicos y a su vez instaurando este derecho en la constitución de cada estado.

En Latinoamérica y en Perú el panorama varía en cierta medida, ya que en un principio la motivación de Resoluciones Judiciales no fue considerada como derecho, mucho menos como garantía para los justiciables, debido a que aún quedaba rezagos de la colonización que sufrió este lado del mundo y continuando con la misma línea expositiva Gozaini (2004) nos ha precisado que:

En Latinoamérica, si bien el tramo colonial muestra, por lo general un predominio de la no motivación, la tendencia motivacioncita logró imponerse en dos etapas: la primera, como derivación de principios, preceptos y garantías, como el derecho a la defensa y el debido proceso legal y, luego, como obligación ya prescrita expresamente en el texto constitucional. (pág. 35)

Perú exige el cumplimiento obligatorio de la Motivación de Resoluciones Judiciales desde la Constitución de 1979 exactamente en el artículo 233° literal 4, después la constitución de 1993 en

su artículo 139° literal 5 siguió los mismos pasos, fortaleciendo de esa manera el respeto del estado Constitucional de Derecho, y pues claro la obligatoriedad de la Motivación de Resoluciones Judiciales también se señala de forma expresa en el Código Procesal Constitucional de 2004, el cual exige que las decisiones cumplan el deber de motivar sus decisiones y para finalizar en nuestra legislación también se encuentra en la ley Orgánica del Poder Judicial. También es importante señalar que el Tribunal Constitucional Peruano en el Exp. Nro. 005601-2006-PA/TC en su fundamento 3 ha tenido la oportunidad de precisar que:

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. (Exp. 05601-2006-PA/TC, Fidel Gregorio Quevedo Cajo, 2007)

2.2 DEFINICIÓN

Para tener una noción completa sobre la motivación, en primera instancia debemos saber cuándo se está hablando de motivación de resoluciones Judiciales, en opinión de Calamandrei (1960) la motivación “es el signo fundamental y típico de la racionalización de la función jurisdiccional” mientras que por su parte Couture (2014) señala que la motivación constituye la parte más importante de la sentencia en la que el juez expone los motivos o fundamentos en que basa su decisión, es decir, las razones que lo llevaron a adoptar una u otra solución en el conflicto que estaba llamado a resolver de lo señalado por esos dos autores podemos extraer que para que exista un debido proceso necesariamente debe haber una sentencia, dotada de racionalidad y con fundamentos coherentes, esto es, debe estar motivada; para ello el juez debe tener en cuenta los hechos alegados por las partes y todo el arsenal probatorio ofrecido por las mismas para que la decisión sea justa.

A su vez el Diccionario de la lengua española asigna a la palabra Motivación una acepción que para el caso es pertinente; esta acepción, entre otras, es la de: "Acción y efecto de motivar". Pero como una acepción más amplia para el mismo diccionario la palabra motivar significa "Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo" en ese sentido, si se habla de una resolución judicial son los jueces quienes deben actuar de forma coherente, lúcida, clara y razonada al momento de emitirla, evitando de esa forma arbitrariedades. Espasa en su Diccionario jurídico reconoce la motivación de las resoluciones judiciales como: "Actos del tribunal, por lo que este decide sobre las cuestiones que le plantean, ya sean sobre el fondo o ya sean de carácter procesal. Según su forma y su contenido, las resoluciones judiciales se dividen en providencias, autos y sentencias" (ESPASA, 2008)

Respecto a lo precisado por el Diccionario Jurídico Espasa se puede colegir que todo tipo de resolución debe ser motivadas de forma escrita con excepción de los decretos de mero trámite, así también lo ha precisado nuestra Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 139 inciso 5 señalando que:

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. Son principios y derechos de la función jurisdiccional. (Constitución Política, 1993)

La motivación más que un derecho es en rigor un deber de los jueces en el campo de la administración de justicia, es así que tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que la motivación no solo es un derecho, sino que a esto agregan que es un principio y una garantía del debido proceso. Castillo (2013) ante ello ha precisado que "la motivación de las resoluciones judiciales es una garantía para la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y una

prevención contra las decisiones caprichosas y arbitrarias de los jueces, en especial, en lo que se refiere al ámbito fáctico y la valoración de las pruebas en la decisión judicial” (Pág. 77) y es importante señalar que la garantía va ser el mecanismo de protección de los justiciables a un debido proceso, mediante la motivación los sujetos de derechos sabrán bajo qué argumentos el Juez adoptó tal o cual postura, y a su vez permite ejercer otro derecho como es el de la impugnación. Si no hubiera motivación, ninguna de las partes podría ejercer ninguno de estos derechos que derivan del derecho a la motivación.

Como se había mencionado anteriormente la motivación de las resoluciones judiciales va más allá de ser un derecho y fortaleciendo la idea de que es un principio y una garantía Grandez Castro (2010) señala lo siguiente:

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, tal como se recoge en el texto constitucional (art. 139.5), no es solo un derecho de toda persona (natural o jurídica) a recibir de los órganos de la jurisdicción una decisión debidamente justificada, sino que constituye al mismo tiempo un principio que define a la función jurisdiccional del Estado y, a su vez, una garantía instrumental para asegurar el cumplimiento de otros principios y derechos fundamentales en el marco del Estado Democrático. (pág. 243)

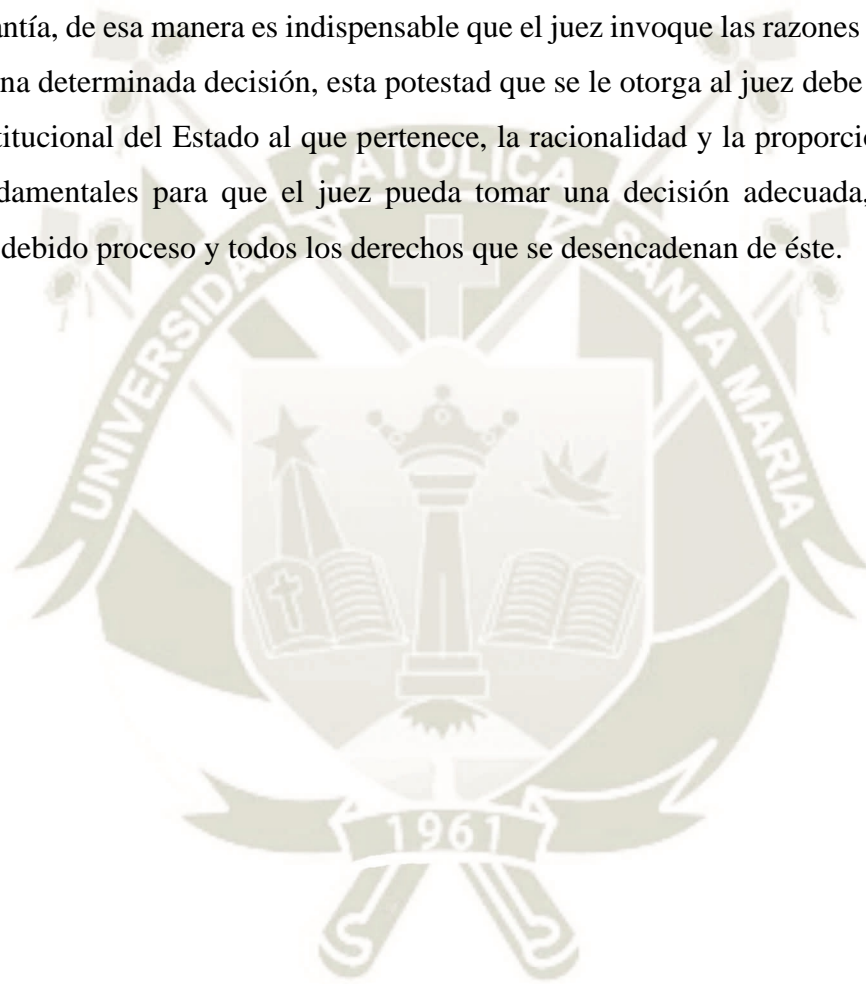
Es por ello que considero importante que materialice en los organismos que poseen jurisdicción, tanto como principio y como garantía.

El Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 000728–2008–PH/TC en su fundamento 7 señala 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 no se

encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, 2008)

Entonces se puede decir de forma más segura que necesariamente la motivación de las resoluciones judiciales en un Estado Constitucional de Derecho cumple una función de derecho, principio y también garantía, de esa manera es indispensable que el juez invoque las razones en las que se basó para tomar una determinada decisión, esta potestad que se le otorga al juez debe respetar el marco legal y constitucional del Estado al que pertenece, la racionalidad y la proporcionalidad vienen a ser ejes fundamentales para que el juez pueda tomar una decisión adecuada, sin ellas estaría afectando el debido proceso y todos los derechos que se desencadenan de éste.



2.3 ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS

2.3.1 Elementos

La motivación de Resoluciones Judiciales forma parte del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y, debido a su importancia, en varias ocasiones tuvo que ser sometida a un análisis jurisprudencial y doctrinario que ha servido para determinar tanto los elementos como las características que una resolución judicial debe tener y también para que se precise de que debe estar conformada una resolución para que sea considerada como motivada. En ese sentido el Tribunal Constitucional, es quien se encarga de realizar el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, mediante la cual realiza diferentes exámenes, como es el examen de razonabilidad, coherencia y suficiencia, es decir analiza que estas sentencias cumplan con esos requisitos y de esa forma se percata que no se esté violando el derecho a la debida motivación.

a) Razonabilidad. - Este es el elemento intelectual que va a emplear el juez al momento de emitir una sentencia, gran parte de la doctrina indica que la razonabilidad es una pieza fundamental en la motivación, este elemento nos va a demostrar que más allá de fundamentar o simplemente aplicar normas del ordenamiento jurídico a determinados hechos, motivar va implica razonar, lo que le va a dar especial valor a la resolución.

Sin embargo, la razonabilidad va variar dependiendo del caso, ya que en un caso fácil la razonabilidad empleada será diferente a la razonabilidad en los casos difíciles, en los primeros se podría llegar a una solución considerada como correcta en función a las inferencias realizadas por el Juez, partiendo de las normas aplicadas al caso, esto debido a que el caso es claro y en consecuencia comprensible, en el supuesto segundo el trabajo intelectual que desarrollará el juez será más complicado por la misma naturaleza del caso, haciendo valoraciones que van más allá de la norma.

Los elementos de la motivación sirven precisamente como un instrumento de comunicación encaminado a informar a las partes y al público en general sobre aquello que el juez pretende expresar, las partes deben asumir la decisión tomada por el Juez como la más adecuada pudiendo comprender las razones en las que se ha basado éste. A este proceso se llamará aceptabilidad intersubjetiva. Portocarrero Quispe (2016) a su vez ha señalado que:

“Toda motivación implica ausencia de contradicciones entre sus fundamentos, correspondencia entre los hechos en que se basa y el sentido de la argumentación, pero un aspecto fundamental de lo mencionado anteriormente es que la motivación debe ser clara y accesible para los destinatarios para que puedan identificar las inferencias y razones en las que se basó el Juez.” (pág. 212)

b) Coherencia. - Es importante que cuando se realice la motivación no se incurra en contradicciones, en emitir ideas desordenadas, en hacer afirmaciones o negaciones formuladas de forma mecánica sin tener en consideración los elementos probatorios, los hechos o cualquier otro elemento importante como la que indica la misma legislación, mucho menos se debe caer en la acumulación de información que no tengan relevancia o que no contribuyan a la resolución del caso.

Por ejemplo, en aquellas resoluciones en las cuales se afirma algo en un considerando, pero luego surge una afirmación indicando lo contrario, quitándole valor a esa motivación y por lo tanto a la resolución, otro caso en el que se ve evidenciado la falta de coherencia es cuando en una resolución judicial se incorporan citas, referencias o argumentos que no guardan relación con el problema a resolver, o cuando se menciona o se introducen cuestiones literarias económicas, históricas o filosóficas que no aporten argumentos mínimos a la solución del caso concreto.

En ese sentido el Tribunal Constitucional en el Exp. Nro 00728–2008–PHC/TC en su fundamento 20 señala que:

La incoherencia narrativa se presenta cuando existe un discurso confuso, incapaz de transmitir de modo coherente las razones en las que apoya la decisión produciéndose así una manifiesta incoherencia narrativa, cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la hace incongruente e inconstitucional. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamoya Hilares, 2008)

c) Suficiencia. - La exigencia de la suficiencia en las resoluciones judiciales está relacionada con la razón suficiente, es decir, que cuando se enuncie en un considerando una afirmación ésta debe ser suficientemente argumentada y las razones en las que ha basado sus decisiones han de ser ordenadas y claras, observando de esa manera la labor del juez justificador, que a los largo de la motivación ha ido agotando los recursos interpretativos que son aplicados al caso en concreto, en ese sentido Alexy (2008) indica que “la suficiencia argumentativa equivale al “requisito de saturación”, esto es, poner de manifiesto todas las premisas utilizadas en un argumento”.

Mediante la suficiencia el Juez incorpora a la resolución judicial datos necesarios y pertinentes, que haga comprensible para cualquier tipo de persona, es importante señalar que la labor de un buen juez justificador nada tiene que ver con la extensión de su trabajo, sino con la calidad de ésta, porque se conoce de sentencias extensas, pero eminentemente inmotivadas. En relación a ello Colomer (2003) ha precisado que:

La suficiencia no es más que un mínimo que debe cumplir la justificación del juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada por un superior. Sin embargo, la suficiencia en modo alguno puede ser utilizada por un juez como criterio de actuación a la hora de motivar, pues los jueces deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada.

2.3.2. Características

a) Expresa: Esta es una característica que debe tener toda sentencia ya que hace referencia a toda la normativa que el juez debe usar al momento de emitir un fallo, pero es importante precisar que no solo requiere del elemento normativo, sino que también este debe estar relacionada de forma directa con los hechos planteados y cuestionados, es evidente la íntima relación que debe existir entre hechos y normas para resolver un determinado caso, si la argumentación brindada por el Juez no contiene el elemento normativo se hace evidente la vulneración de un aspecto fundamental al momento de dictar una resolución judicial, que eminentemente provocaría un grave quebrantamiento de los derechos de los justiciables.

b) Clara: Las expresiones utilizadas al momento de motivar una sentencia deben ser sencillas, comprensibles, inteligibles y accesibles para todas las personas, esto implica que las resoluciones judiciales no deben exceder en la utilización de frases técnico-jurídico y complejo que muchas veces resulta incomprensible, lo que provocan que la interpretación sea una tarea dificultosa. Teniendo en cuenta que la finalidad de los jueces al emitir sentencia es exteriorizar su decisión, es importante señalar que las resoluciones judiciales deben emplear un lenguaje sencillo carente de ambigüedades, vaguedades e incoherencias, tampoco se debe hacer un uso excesivo de locuciones latinas.

c) Completa: Cuando hablamos de una motivación completa hacemos referencia especialmente a todas las pruebas que se han incorporado al proceso para que sean precisadas de manera concreta y sometidas a valoración crítica del Juez, a su vez el juzgador debe expresar los motivos de la aceptación o el rechazo de aquellos medios probatorios, en el caso del rechazo debe explicar por qué esos medios de prueba son considerados ilícitos o ilegales, en ese sentido gracias a la valoración probatoria se puede hacer una motivación correcta de los hechos. Para que se cumpla en su totalidad

esta característica se debe tener en consideración absolutamente todos los parámetros legales necesarios para que el proceso siga en marcha, esto incluye el respeto de los plazos y los términos.

d) Legítima: Cuando hablamos de la legitimidad se hace referencia principalmente a aquellos medios probatorios aportados por las partes en el proceso y la característica fundamental de estos medios de prueba es su validez, que debe ser fundamentada en la ley, la constitución y aquellos principios rectores señalados por ley. La prueba debe ser valorada por el juez de forma total, es decir, la valoración se debe hacer sobre toda la prueba ya que si se realiza una valoración parcial esta puede devenir en falsa. Si las pruebas son legítimas el juez podrá tomar una decisión en relación al peso que tiene cada prueba y la credibilidad que genera ésta.

e) Lógica: En este punto la coherencia de las resoluciones judiciales juega un rol fundamental, lo que implica que todas las afirmaciones que el juez ofrece deben guardar relación con las conclusiones dadas por él mismo, evitando todo tipo de contradicciones, la coherencia en las resoluciones judiciales es transversal y debe guardar relación con todos los requisitos mencionados anteriormente, en especial con la claridad y la simplicidad del lenguaje con la que debe dirigirse el juez, al no ser compleja, su entendimiento se hace más fácil y de esa forma se intenta manifestar a la sociedad la verosimilitud de los fallos.

2.4 CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO

Un estado constitucional de derecho tiene como mayor reto el impulso básico del constitucionalismo, es decir, la imposición de límites al poder como la garantía de las libertades y los derechos fundamentales de los individuos; para que una sociedad pueda desarrollarse de acorde al cumplimiento de sus objetivos. En ese sentido los jueces se ven obligados a cumplir cabalmente con todos los requisitos que la ley y especialmente de la constitución exige para que se emita resoluciones judiciales debidamente motivadas, todo ello coadyuva a que el anhelo del Estado

Constitucional de derecho, como garantizador de derechos fundamentales, se cumpla y sea respetado, Figueroa (2012) con respecto a lo anterior ha señalado que “se considera al Constitución como cima del ordenamiento jurídico, en la que se exige una motivación y argumentación de carácter formal y material, para las decisiones de las resoluciones jurídicas sean válidas. Es decir, las decisiones deben ser legitimadas dentro del contenido legal y constitucional”.

Interpretando de forma estricta el artículo 139°, inciso 5 de la Constitución, el cual prevé que:

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. (Constitución Política del Perú, 1993)

Comprenderemos que el contenido del derecho a la motivación al que hace referencia la constitución está más allá de la protección de la motivación de solo sentencias, ya que no es limitativa, la motivación como un principio, derecho y garantía debe ser garantizada en absolutamente todo tipo de resoluciones emitida por órganos que pertenezcan a la administración de Justicia es decir no tiene un carácter restrictivo.

En ese sentido el máximo intérprete de la constitución en el Exp. Nro. 1291-2000-AA/TC LIMA en su fundamento 2° ha precisado que:

La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Carta Fundamental garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando 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 de los justiciables.

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión. (Exp. 1291-2000-AA/TC, Asociación Real Club de Lima, 2001)

Respecto al contenido constitucionalmente garantizado de este derecho es importante mencionar que ante la imperante necesidad de motivar todas las resoluciones judiciales por ser un principio básico de la función jurisdiccional, y como ya se mencionó anteriormente en la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido la debida motivación como elemento de lo que se conoce como el debido proceso y siendo tan amplio para el buen funcionamiento de la administración de Justicia debe estar presente en todo tipo de proceso o de procedimiento. Así, el Máximo intérprete de la constitución en relación con el contenido constitucionalmente protegido en el Exp. Nro. 00728-2008-PHC/TC en su fundamento 7 ha señalado 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 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 de caso. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, 2008)

De lo precisado por el Tribunal Constitucional se destaca que las resoluciones judiciales se encuentran delimitados por criterios que brinda el ordenamiento jurídico, las pruebas que se actúan para esclarecer el caso, etc. poniendo una barrera de actuación al juez, para que no actúe en base a subjetividades afectando los derechos de los justiciables.

Al momento de sentenciar el juez puede incurrir en errores que pueden afectar directamente el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación de resoluciones Judiciales, sin embargo, el Tribunal Constitucional en el mismo expediente señalado anteriormente ha precisado que

No todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, 2008)

En la misma línea expositiva se ha observado que la jurisprudencia avala que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de resoluciones Judiciales queda delimitado por determinados supuestos, estos supuestos serían considerados como vicios o patologías de la motivación, es decir que, si el juez incurre en cualquiera de esos supuestos estaría violando directamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación y el Tribunal en Exp. 000728-2008-PH/TC (2008) ha hecho bien en precisar cuáles son estos supuestos:

- *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*

2.5 CLASES DE MOTIVACIÓN

En el famoso caso conocido como el caso “Giuliana Llamuja Hilares” que se encuentra en el Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC, el máximo intérprete de la constitución señala que dentro del contenido constitucionalmente garantizado vamos a encontrar que el derecho a la debida motivación se encuentra delimitado en varios supuestos, supuestos que el Tribunal Constitucional los ha establecido como patologías o vicios de la motivación y que los magistrados muchas veces cometen al momento de expedir una sentencia, y lo que evidentemente deviene en la nulidad de dicha resolución.

Una sentencia más reciente emitida por el Tribunal Constitucional es la que se encuentra en el Expediente Nro. 01747-2013-PA/TC en la que el máximo intérprete de la constitución en relación con la debida motivación de las resoluciones judiciales ha precisado que, al Tribunal solo le compete controlar vicios de motivación o de razonamiento en caso de:

- Defectos en la motivación; que pueden ser problemas de motivación interna, es decir, cuando la solución del caso no se deduce de las premisas normativas o fácticas aludidas en la resolución, o cuando la resolución analizada tiene un contenido incoherente; o de motivación externa, esto es, cuando se han utilizado indebida o injustificadamente premisas normativas (por ejemplo, se aplican normas que no se encuentran vigentes) o fácticas (por ejemplo, la resolución se sustenta en hechos no probados o en pruebas prohibidas) (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, 2008)
- Insuficiencia en la motivación (motivación inexistente, aparente, insuficiente, incongruente o fraudulenta); que puede referirse, por ejemplo, a supuestos en los que las resoluciones analizadas carecen de una fundamentación mínima y solo se

pretende cumplir formalmente con el deber de motivar; cuando se presenta una justificación que tiene apariencia de correcta o suficiente, pero que incurre en vicios de razonamiento; cuando esta carece de una argumentación suficiente para justificar lo que resuelve; o cuando incurre en graves defectos o irregularidades contrarios al Derecho, entre otros supuestos (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares, 2008)

- Motivación constitucionalmente deficitaria; que puede referirse a errores en la justificación de una decisión debido a la exclusión de un derecho fundamental (no se tuvo en cuenta un derecho que debió considerarse), a una mala delimitación de su contenido protegido (al derecho se le atribuyó un contenido mayor o menor al que constitucionalmente le correspondía) o a que la judicatura ordinaria realizó una mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho fundamental (Exp. 00649-2013-PA/TC, María Maricela Morales Ubillús, 2013)

Vamos a disgregar cada una de las patologías que en el Exp. N° 01747-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional ha precisado haciendo una clasificación de estos vicios, tomando en cuenta lo que ya se había establecido en el caso Giuliana Llamoja Hilares, es así que siguiendo la división que se realiza en esta sentencia procederemos a analizarlas.

El Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 01747-2013-PA/TC separa los vicios de la motivación en:

a) Motivación defectuosa:

Para Portocarrero Quispe (2016) en la motivación defectuosa o errónea si bien es cierto existe algún tipo de motivación, ésta va incumplir con los tres principios lógicos clásicos (no contradicción, identidad y tercero excluido) y con las reglas de la experiencia que son un conjunto de conclusiones

obtenidas en un tiempo y en un espacio determinado a partir de la observación y la percepción en distintos campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, sentido común, arte, etc.).

En la misma línea expositiva este autor va a ser preciso en indicar que la motivación defectuosa a diferencia de la motivación insuficiente va incumplir el principio lógico de razón suficiente. Ante ello Portocarrero precisa que no se trata de un cumplimiento imperfecto, sino que se trata de una inobservancia. Y a su vez considera que la motivación incongruente se encuentra comprendida dentro de la motivación defectuosa, pues implicaría el incumplimiento del principio lógico de no contradicción.

En la motivación defectuosa no se niega la existencia de una motivación, sino que los magistrados han inobservado ciertos aspectos fundamentales ya señalados anteriormente, en ese sentido el Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 01747-2013-PA/TC dentro de la motivación defectuosa incluye a los problemas de motivación interna y los problemas de motivación externa conceptos que son complementados por la sentencia emitida en el caso de Giuliana Llamuja que se encuentra en el Exp. Nro. N°00728-2008-PHC/TC específicamente en el fundamento:

a.1) Deficiencias en la motivación externa:

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 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 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 "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" 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 podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. (Exp. 0896-2009-PHC/TC, A.B.T., 2010)

En este sentido y tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional, el juez debe realizar una justificación exhaustiva y minuciosa de aquellas premisas que justifican el argumento emitido para la resolución del caso, a su vez es importante señalar que la lógica formal no debe ser muy influyente al momento de tomar la decisión o emitirse el fallo correspondiente. La decisión del Juez no debe basarse en premisas falsas ya sea si trata de premisas normativas o fácticas, es decir los argumentos señalados en cada resolución no deben estar basados en hechos no probados o en pruebas prohibidas, pues evidentemente debilita la calidad de la motivación y puede conllevar a la nulidad de la sentencia.

a.2) Deficiencias de la motivación interna:

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. (Exp. 0896-2009-PHC/TC, A.B.T., 2010)

El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional es muy clara ya que este vicio se ve manifiesto cuando, a partir de las premisas mencionadas por el Juez no se deducen las conclusiones correspondientes al caso, este vicio también se observa cuando la resolución Judicial emitida por la autoridad correspondiente, muestra un contenido incoherente, incomprensible y que evidentemente las partes del proceso no podrán entender esas razones que resultan confusas y de esa forma se afecta el derecho a la defensa y en consecuencia al debido proceso de los justiciables.

Siguiendo la línea expositiva la sentencia del Tribunal Constitucional de Exp. N° 01747-2013-PA/TC continua con la división y esta vez enmarca dentro de la motivación insuficiente a la motivación inexistente, aparente, insuficiente y fraudulenta, estas patologías en las motivaciones de las resoluciones judiciales también se encuentran desarrolladas en la sentencia del famoso caso Giuliana Llamuja, y a continuación se procederá a desarrollar cada patología.

b) 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, sólo 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. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, 2008)

Cuando hablamos de motivación insuficiente es necesario tener en consideración que en este tipo de motivación existen argumentos que sostienen la decisión del juez, pero no son suficientes como para que puedan ser denominadas una debida motivación que los justiciables esperan, ya que carece de un razonamiento que aproximen al principio lógico de la razón suficiente. Portocarrero (2016) en relación con lo mencionado ha indicado que “toda resolución que no agote todos los criterios interpretativos e incumpla con el principio de razón suficiente representará una motivación insuficiente.” (págs. 54-54)

b.1) Motivación incongruente o fraudulenta:

Asimismo, en el mismo expediente, el Tribunal Constitucional precisa que otra de las patologías o deficiencias de la motivación es la motivación incongruente o fraudulenta señalado lo siguiente:

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. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, 2008)

Es así que lo que un justiciable quiere al momento de acudir a un órgano jurisdiccional es que las resoluciones judiciales que los órganos competentes otorgan contengan de manera congruente los fundamentos de hecho y de derecho citando la norma aplicable al caso o todas aquellas normas que sean aplicables en cada punto solicitado por las partes, además es preciso poner en relevancia lo indicado por Portocarrero (2016) quien señala que “la motivación incongruente quedaría por tanto comprendida dentro de la motivación defectuosa o errónea, dado que ella implica precisamente el incumplimiento del principio lógico de no contradicción” (págs. 57-58).

b.2) Motivación inexistente o aparente:

El máximo intérprete de la constitución ha indicado 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. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, 2008)

En la motivación inexistente el juez va a incurrir en la omisión de aquellas razones jurídicas que lo llevaron a tomar la decisión para un caso en concreto, e incluso se presentan situaciones en las que el Juez no desarrolla todas las partes de las resoluciones judiciales y pasa de manera directa a la parte resolutive señalando que la resolución se explica por si sola y no necesita mayor explicación.

En ese sentido Portocarrero (2016) ha señalado que en la motivación inexistente se presenta una ausencia absoluta de razones o argumentos que justifiquen el sentido de la decisión, es así que en aquellos casos donde no se justifica la subsunción de los hechos en la norma que se indican se percibe la motivación inexistente, asimismo cuando no se ha valorado los medios probatorios.

Sin perjuicio con lo señalado por el tribunal constitucional, Portocarrero a su vez señala que a diferencia de la motivación inexistente la motivación aparente solo intenta dar cumplimiento formal de motivar debidamente las resoluciones judiciales, es decir hay una intención de querer motivar, empleándose formulas vacías que no aportan argumento alguno para resolver el caso, si bien es cierto no se contradicen con la problemática del caso, pero prácticamente son inservibles para para la resolución del mismo.

c) Motivación constitucionalmente deficitaria:

Siguiendo con la clasificación que realiza el tribunal constitucional en el Exp. Nro. 001747-2013-PA/TC en la cual hace referencia directa a la motivación constitucionalmente deficitaria y precisa que:

Este tipo de motivación puede referirse a errores en la justificación de una decisión debido a la exclusión de un derecho fundamental (no se tuvo en cuenta un derecho que debió considerarse), a una mala delimitación de su contenido protegido (al

derecho se le atribuyó un contenido mayor o menor al que constitucionalmente le correspondía) o a que la judicatura ordinaria realizó una mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho fundamental. (Exp. 01747-2013-PA/TC, María Antonieta Escobar Velasquez, 2016)

Este es un vicio de la motivación que debe ser considerada y tomada mucho en cuenta ya que al incurrir en este vicio se provocaría una exclusión de un derecho fundamental, que debilita el debido proceso del justiciable, incluso se vuelve más grave si existe una delimitación del contenido protegido errónea y también si se incurre en una mala ponderación.

d) Motivaciones calificadas:

Por último, tenemos las motivaciones calificadas y en este punto es importante destacar la importancia del cumplimiento de la motivación de cualquier tipo de resoluciones judiciales, en especial si la demanda presentada ha sido rechazada, la justificación debe ser clara en todo su contenido y basada en fundamentos de hecho y de derecho, eso lleva a colación que, al momento de rechazar una demanda de manera directa se niega la protección de un derecho fundamental que alega el demandante, he allí la importancia de la motivación ya que no se podría considerar como una situación irrelevante aceptar o rechazar la protección de un derecho fundamental si no se ha tenido una motivación adecuada, porque es claro que si existe una motivación adecuada y en efecto el juez en el fallo precisa que no se ha vulnerado un derecho del demandante no se estaría afectando nada, cosa distinta es que a consecuencia de la sentencia se haya visto vulnerado un derecho fundamental. Ante ello el Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 0 00728-2008-HC en su fundamento 7 ha precisado que:

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 afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de 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. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares, 2008)

2.6 LA INTERDICCIÓN A LA ARBITRARIEDAD

El Tribunal Constitucional ha establecido el principio de la interdicción de la arbitrariedad, en el cual se prohíbe todo tipo de arbitrariedades cometidas por cualquiera de los organismos e instituciones públicos del Estado. A si mismo se ha indicado que se ve en la necesidad de recurrir a este principio para prohibir a las personas que se encuentren dentro del ejercicio del poder estatal las facultades y competencias que sobre pasen lo establecido por ley.

A su vez en reiteradas oportunidades, el máximo intérprete de la constitución ha señalado que existe una estrecha relación entre el de interdicción de la arbitrariedad y el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Bajo esa premisa es evidente el Tribunal Constitucional ha indicado en la sentencia del Exp. Nro 0728-2008-PHC en su fundamento 8 lo siguiente:

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. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares, 2008)

En la misma línea argumentativa es importante precisar que la arbitrariedad hace evidente su aparición cuando el fallo o decisión emitido por el juez está basada en premisas contradictorias con la realidad, incongruentes, carentes de una fundamentación objetiva y que a su vez la decisión está cubierta de todos los vicios ya mencionados anteriormente, lo que trae a consecuencia es una excesiva liberalidad del juez al momento de emitir un fallo y por ende podría devenir la vulneración de muchos derechos fundamentales de los justiciables relacionados al debido proceso, podemos concluir que, si se quiere advertir de una arbitrariedad esta debe estar relacionada a la falta o deficiente motivación, ya que si se observa una motivación correcta no habría una decisión arbitraria ante ello y parafraseando a lo que indica (Igartua Salaverria, 2003) se precisa que: “tanto la interdicción de la arbitrariedad y la obligatoriedad de motivar las sentencias y otras resoluciones judiciales, se convierten en complementarias, ya que se remiten recíprocamente, siendo las dos caras de una misma moneda. Si se quiere comprobar la existencia de la arbitrariedad basta con examinar si la decisión discrecional se encuentra suficientemente motivada; y para calibrar si la decisión viene acompañada de motivación suficiente no hay más que mirar si en ella se han dejado espacios abiertos a una eventual arbitrariedad”

Así mismo el autor señala, de manera pertinente que, la no arbitrariedad y la motivación, forman una pareja indisoluble, necesariamente donde está una estará la otra. En ese sentido debe quedar claro que la motivación no representa un gesto amable o de cortesía para el justiciable, de manera que, la prohibición de la arbitrariedad se incluye en el ordenamiento jurídico y adquiere un carácter positivo, ya que el justiciable puede exigir las razones o motivos en la que los magistrados se han basado para tomar las decisiones en cada caso y de esa forma se evita un uso arbitrario de la voluntad de aquellos que detentan algún poder sobre los ciudadanos.

2.7 MARCO LEGAL

Artículo 139° literal 5 de la Constitución Política del Perú

“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.”
(Constitución Política del Perú, 1993)

Código Procesal Constitucional artículo 17°:

“La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso: (...) 4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada.” (Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, 2004)

Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 12°:

“Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo éstos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado.” (Ley orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS, 1993)

Artículo 50.6° del Código Procesal Civil:

Son deberes de los Jueces en el proceso: Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia. (Código Procesal Civil, Decreto Legislativo N° 768, 1992)

2.8 MARCO JURISPRUDENCIAL

En diversas ocasiones el Tribunal Constitucional Peruano ha desarrollado contenidos en relación al derecho a la motivación de las resoluciones Judiciales, ya que este derecho también constituye un deber jurídico que ha sido instituido por nuestra constitución y las aclaraciones brindadas por el Tribunal facilita el entendimiento y el buen desempeño de todo nuestro sistema jurídico.

2.8.1. Exp. Nro 00728-2008-PHC/TC Lima Giuliana Flor De María Llamoya Hilares

Con referencia al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones se ha pronunciado sobre este derecho medular siendo así que en el caso contenido en el expediente citado se puntualiza de manera aún más concreta aspectos del derecho a la Debida motivación como: los supuestos en los que se delimita el contenido constitucionalmente garantizado, el canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales, las sentencias arbitrarias por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad, que se encuentran en los considerandos 6, 7, 8, 9 y 10.

Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar que:

el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, este debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios

probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos. (Exp. 0896-2009-PHC/TC, A.B.T., 2010)

El considerando 7° señala puntos concretos en cuanto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación y los límites que este contiene

7. 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 la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (Exp. 0896-2009-PHC/TC, A.B.T., 2010)

Así en el Exp. 000728-2008-PH/TC (2008) este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- Inexistencia de motivación o motivación aparente
- Falta de motivación interna del razonamiento
- Deficiencias en la motivación externa

- Motivación insuficiente
- La motivación sustancialmente incongruente
- Motivaciones calificadas

Los considerandos 7 y 8 de esta sentencia precisan aspectos relevantes en relación a la sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad, y de esa forma se pone un límite sobre aquellos que ostentan poder en los ciudadanos.

8. De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. Nro 05601-2006-PA/TC. FJ 3) ha tenido la oportunidad de precisar que: 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.

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad, en tanto, es irrazonable e implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa, que sea más bien fruto del decisionismo más que de la aplicación del derecho, que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón, que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

9. Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3° y 43° de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y

genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Exp. N° 0090-2004-AA/TC. FJ 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44°, de la Norma Fundamental).

10. Al respecto, este Colegiado en el Exp. N. 0 03179-2004-AA/TC. FJ 23, ha precisado que el canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

a) Examen de razonabilidad. - Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión del (...) proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

b) Examen de coherencia. - El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con (...) la decisión judicial que se impugna (...).

c) Examen de suficiencia. - Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión [de la resolución judicial], a fin de cautelar el derecho fundamental demandado. (Exp. 000728-2008-PH/TC, Giuliana Flor de Maria Llamoya Hilaes, 2008)

2.8.2 Exp. Nro 03433-2013-PA/TC Lima Servicios Postales del Perú S.A. - Serpost S.A

En el caso de la sentencia citada se menciona que el derecho al debido proceso es un derecho amplio que tiene como objetivo garantizar de manera formal y material un proceso o procedimiento y para lograrlo requiere el cumplimiento de otros derechos fundamentales como es el derecho a la motivación. El Tribunal puntualiza lo referente al debido proceso y la motivación de Resoluciones Judiciales en los fundamentos 3, 4, 5, 6.

3.3.1) El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “(...) 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. (Exp. 7289-2005-AA/TC, Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú, 2006).

3.3.2) Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. (Exp. 9727-2005-HC/TC, Ridberth Marcelino Ramírez Miranda y Otro, 2005).

El Tribunal Constitucional en la misma línea argumentativa indica que el debido proceso es un derecho fundamental que dentro de su dimensión procesal contiene al derecho de la motivación de resoluciones judiciales indicando que dentro de su dimensión sustantiva debe ser razonable y proporcional.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional hace un pronunciamiento sobre el derecho a la motivación de resoluciones judiciales y además indica que el derecho a la motivación debe hacerse extenso a todas las resoluciones en general y en razón de ello ha indicado lo siguiente:

4.4.1) La cuestión constitucional propuesta por el recurrente se vincula a la necesidad de que las resoluciones, en general, y las resoluciones judiciales, en particular, estén debidamente motivadas, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, este Colegiado (STC 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado 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 (...).”

4.4.2) Este Supremo Colegiado precisando el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido que éste “(...) 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). (...) 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) (STC N° 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5 e).

4.4.3) 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 sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

4.4.4) 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. (Exp. 03433-2013-Lima, Servicios Postales del Perú SA-Serpost SA, 2013)

2.8.3 Exp. Nro 01439-2013-PA/TC Lima Acuario de Buenos Aires S.R.L.

En este expediente el Tribunal Constitucional amplía el contenido protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en el que no solo se tiene que emplear en la instancia judicial, sino también hace extensiva a toda la parte jurisdiccional.

El derecho a la motivación no solo debe existir en la instancia judicial sino también de todas las instancias de carácter jurisdiccional, esa es la precisión que realizó el Tribunal Constitucional en sentencia del expediente citado, teniendo en cuenta que para que exista una motivación adecuada que corresponde al cumplimiento de este derecho, el órgano decisor al resolver las causas, deben expresar en las justificaciones racionalidad y objetividad para tomar una decisión. A su vez debe existir una congruencia y coherencia entre lo que las partes piden y lo resuelto. Fj 14,15,16.

14. Este Tribunal ha señalado 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 (Exp. 03433-2013-Lima, Servicios Postales del Perú SA-Serpost SA, 2013)

15. Asimismo, tiene reiterado que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean estos o no de carácter jurisdiccional– comporta que el órgano decisor y, en su caso, los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión; implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea breve o concisa. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso del que se deriva la resolución cuestionada. Así pues, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

16. No obstante lo dicho, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Tal afectación solo se presenta siempre que dicha facultad se ejerza de manera arbitraria; es decir, cuando la decisión

es, más bien, fruto del “decisionismo” que de la aplicación razonable del derecho en su conjunto. (Exp. 01439-2013-PA/TC, Acuario de Buenos Aires SRL, 2013)

2.8.4 Exp. N ° 07025-2013-AA/TC Loreto Jorge Napiama Reátegui

La sentencia del presente expediente se encuentra dentro del campo del proceso civil ya que versa sobre indemnización por daños y perjuicios que promovió contra el Instituto Peruano del Deporte de Loreto — IPD y solicita la nulidad de la resolución de vista 33. Puesto que consideraba que dicha resolución vulneraba su derecho al debido proceso en sus variantes de motivación resolutoria y garantía jurisdiccional a la cosa juzgada. Además, alega en la demanda que la resolución carece de una motivación interna de razonamiento, y contraviene los criterios jurisprudenciales en material civil, ya que existen ejecutorias supremas en las que se precisó que sí corresponde el pago de indemnización ante la arbitrariedad de un despido, los considerandos 6, 7 y 8 versan sobre la motivación de resoluciones Judiciales.

6. Este Tribunal en relación a la motivación de las resoluciones reconocido por el artículo 139, inciso 5, ha establecido que tal derecho 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, modificaciones o alteraciones del debate procesal. Asimismo, prohíbe a los jueces dejar sin contestar una o varias pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial ya que ello generaría indefensión.

7. Ahora bien, es verdad que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones de las partes tengan que ser objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En realidad, lo que este derecho exige es que el razonamiento empleado por el juez guarde relación con el problema que le corresponde resolver. De ahí que el deber de motivación de las resoluciones judiciales

alcance también a la suficiencia de la argumentación brindada por los órganos jurisdiccionales, dentro del ámbito de sus competencias.

8. En consecuencia, es un contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, como parte integrante del debido proceso, el que los órganos jurisdiccionales, al momento de dictar sentencia, se pronuncien por aquellos asuntos que forman parte esencial o medular del conflicto jurídico que se somete a su conocimiento, pues de lo contrario se habría incurrido en un supuesto de motivación insuficiente, que la Constitución prohíbe. (Exp. 07025-2003-AA/TC, Caso Jorge Napiama Reátegui, 2015)

2.9 DERECHO COMPARADO:

En relación con el tratamiento y la regulación de la motivación de una resolución judicial es importante señalar cómo funciona esta figura en otros países y de esa manera ayudarán a mejorar la aplicación de este derecho en nuestro sistema jurídico y hacer una comparación en cuanto a la utilización de este derecho como principio, garantía y derecho.

2.9.1 España:

En España la motivación de las sentencias es un derecho fundamental y la falta de motivación de las resoluciones judiciales, como es el caso del Perú conduce a la arbitrariedad, y es evidente que si no hay fundamentación adecuada esta estaría fuera del ordenamiento jurídico español, en ese sentido el artículo 24.1 de la Constitución Española de forma expresa señala que:

Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Las sentencias y en general las resoluciones judiciales deben ser motivadas y de ese modo ser base de la edificación de una sentencia o fallo emitido por el juez, situación igual sucede en la legislación peruana ya que se evita contradicciones entre las premisas y las conclusiones, existiendo una subsunción correcta entre normas y hechos; la constitución española en su artículo 120° inciso 3 precisa de manera expresa que:

Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública

En su variada jurisprudencia España ha delimitado y establecido la forma de aplicación del derecho a la motivación y su exigencia para con todas las resoluciones judiciales, es por ello que en la sentencia 303/2015, de 25 de junio estableció que:

La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo. De esta forma, la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24° Código Español. (Sentencia 303/2015, 2015)

2.9.2 Ecuador:

Ecuador siguió la misma tendencia en cuanto a la obligatoriedad de la motivación de las resoluciones judiciales esto a partir de que en su Constitución de 1998, que se basa por proclamar un estado constitucional de derecho, recién aparece de forma expresa la obligación de motivar. En ese sentido en su artículo 76° numeral 7, literal I de la Constitución de la Republica de Ecuador señala que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Constitución Política de la República del Ecuador, 2008)

La Corte Constitucional del Ecuador en su variada jurisprudencia ha señalado que los justiciables tienen derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales cuando lo requieran y además hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pero añadido a esto se debe exigir que, todas las sentencias estén debidamente motivadas, sean congruentes, coherentes, claras entre otras características, pero siempre que esté basada en la ley y en la constitución, lo que implica el respeto del debido proceso.

2.9.3 Argentina

La constitución argentina en la actualidad no indica de forma expresa la exigencia del derecho a la motivación, a pesar de ello, la motivación no deja de ser una garantía de la tutela jurisdiccional Efectiva ya que su protección surge de su jurisprudencia, en ese sentido la Corte Suprema ha dado premisas para garantizarlo. Haciendo una precisión, anteriormente la motivación de resoluciones judiciales era exigida en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 124°.

2.9.4 Colombia

La constitución colombiana al igual que la constitución Argentina no tiene de forma expresa el derecho a la motivación, pero garantiza este derecho también en base a su jurisprudencia es en ese sentido que la Corte Suprema de Justicia colombiana ha aceptado a la motivación como parte fundamental del derecho al debido proceso, es por ello que para proteger este derecho los jueces al momento de emitir sentencia deberán precisar tanto las razones de hecho, como de derecho que fueron utilizadas para basar su decisión, amparadas en los medios probatorios presentados durante el proceso. Es por ello que en la Sentencia No. 2004-00729-01 del 29 de agosto de 2008 se ha precisado que:

El deber de motivar las decisiones no se satisface con la expresión objetiva de las razones que acompañan la resolución, sino que, desde una perspectiva constitucional, se impone hurgar con mirada penetrante si esa motivación satisface o no las actuales exigencias constitucionales. (Sentencia No. 2004-00729-01, 2008)

CAPITULO III

LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

3.1 LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Uno de los deberes del matrimonio o la pareja conyugal es la cohabitación, y justamente la separación de hecho es la ausencia de la materialización de este deber, y la consecuencia de la no cohabitación del matrimonio por un periodo sin interrupciones de dos años si no tienen hijos menores de edad y de cuatro años si los tienen, tal como lo indica el Código Civil en su artículo 333°, además que acota que se puede dar en esta figura jurídica la demanda en hecho propio.

3.2 ASPECTOS GENERALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

3.2.1 Antecedentes de la separación de hecho en la legislación peruana

En el año 1931 se da las primeras luces sobre la separación de hecho lo da Bustamante de la Fuente, el cual es expuesto en el congreso y luego mencionado por el Diario de Debates del Congreso. Posteriormente en el año 1940 Clodomiro Chávez, propone que se incorpore esta figura jurídica, con el requisito de que sea por un lapso de cinco años ininterrumpidos. En el año 1993 el congresista Valle Riestra presenta el proyecto ante la Cámara de Diputados, señalando a la figura jurídica como una nueva causal de divorcio y que cualquiera de los conyugues pueden invocarlo.

3.2.2 Proyectos de ley sobre la separación de hecho

- a) Tenemos el proyecto de ley N°1716/96-CR del año 1996, presentada por el congresista Daniel Estrada Pérez. Donde expone que la Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos será tramitado. Además, acota que se tramitará por proceso sumarísimo. Es así que se estarían modificando el artículo 333° y codificar los artículos 335°, 345°, 349° y 354° del Código Civil. Proponiendo lo siguiente:

“Artículo 333°.- causal

Son causas de separación de cuerpos:

(...)

12.- Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos,

(...)

Artículo 335°.- improcedencia de la acción por hecho propio

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto cuando la acción invoca a la causal prevista en el inciso 12 del artículo 333°.

(...)

Artículo 345°.- patria potestad por separación convencional o por separación de hecho En caso de separación convencional o separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 340°, último párrafo y 341°.

(...)

Artículo 349°.- causales

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333°, incisos 1) a 10) y 12).

(...)

Artículo 354.- plazo de conversión

Transcurridos seis meses de la modificación con la sentencia de la separación convencional o de separación hecho a que se refieren los incisos 10) y 12) respectivamente, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.” (Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, 1984)

Respecto a la codificación del artículo 335° del Código Civil, que señala la improcedencia de la acción por hecho propio, es algo que actualmente existe, se puede interponer una demanda de divorcio unilateralmente cumpliendo los requisitos del 333° inciso 12 del Código Civil.

b) En segundo lugar, tenemos al proyecto de ley N°1729/96-CR, este presentado por el congresista Roger Cáceres Velásquez. En donde propone que las pretensiones de separación de cuerpo y de divorcio sean tramitadas por proceso sumarísimo si se cumpliesen los casos prescritos seguidamente en el mismo artículo.

“Artículo 480°.- TRAMITACION. - Las pretensiones de separación de cuerpo y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1) al 10) del código civil, en cuanto sea pertinente se sujeta al trámite del proceso sumarísimo, con las particularidades que se indican a continuación.” ((Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, 1984)

El Ministerio Público es parte de los procesos a que se refiere este artículo, y, como tal no emite dictamen. En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante puede modificar su pretensión de divorcio a una separación de cuerpos; Después de interpuesta la demanda son especialmente las medidas cautelares: sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos, tenencia y cuidado de los hijos por una de las partes por ambos o por un tutor o cuidador provisionales; administración y conservación de los bienes comunes; o en aquellas pretensiones

que directamente deba o puede afectar, consecuencia de la demanda principal, a la que debe acumularse no siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1) y 3) del artículo 85°; Las excepciones, defensas previas y reconversión, si las hubiera, se interpone con sus respectivas pruebas al constatarse la demanda y serán absueltas por el demandante en la audiencia conciliadora; Solo en el caso de existir hijos menores de edad, o cuando surja en el curso de proceso de separación de cuerpos o divorcio, situaciones que no estén acreditadas con pruebas incontrastables en cuanto a las causales invocadas, el Juez remitirá el trámite respectivo al proceso de conocimiento, pudiendo determinar, de ser estrictamente necesario, que se lleve por esta vía lo concerniente a la separación de los bienes sin perjuicio de que se pronuncie previamente sentencia por la vía sumarísima, en cuanto a la disolución, del vínculo.”

c) En tercer lugar, tenemos el proyecto de ley N° 2107/96-CR, en donde se propone adicionar el inciso 11) en el artículo 333° que nos habla sobre la relación marital en la que se tiene en el matrimonio y que la falta de esta relación significa una separación convencional:

“Se tendrá como separación convencional. el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernocten permanentemente por separado, sin relación marital entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio”.

d) En cuarto lugar, tenemos el proyecto de ley N° 2117/96-CR, ampliamente desarrollada, que propone que se modifique el artículo 333° del Código Civil en los incisos 6) y 8) agregando causales de separación de cuerpos las cuales son:

“Art. 333’: Son causas de Separación de cuerpos: Inc. 6) La conducta deshonrosa u otra grave que haga imposible la vida en común, Inc. 8) las enfermedades de transmisión sexual, o la enfermedad mental permanente, contraídas después de la celebración del matrimonio.”

También, se pretende modificar en este proyecto de ley el artículo 337° y el 349°, este último propone que la separación de hecho se dé pasados los cuatro años y a solicitud de cualquiera de los conyugues:

Artículo 337°:

“La sevicia, la injuria grave, la conducta deshonrosa u otra que haga imposible la vida en común, son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, grado de cultura costumbres, edad, sexo y conducta de ambos cónyuges.”

Artículo 349°:

“Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas de los Incs. 1) a 10) del Artículo 333°. Además, cuando los cónyuges están separados de hecho por más de cuatro años continuos y a solicitud de cualquiera de ellos.” (Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, 1984)

Adicionalmente, se hace mención de la modificación del Artículo 350° del Código Civil, sobre el divorcio y los términos en los que se darán los alimentos:

“Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges si el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el Juez asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. si la causal es por padecer enfermedad de transmisión sexual, o enfermedad mental permanente, se asignará además una suma adicional que permita atender el tratamiento del cónyuge enfermo.

El ex cónyuge puede por causas graves pedir la capitalización de la pensión alimenticia o de la suma adicional por tratamiento y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge, aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el beneficiado contrae nuevas nupcias o desaparece el estado de necesidad. Cuando

desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y en su caso el reembolso.” (Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, 1984)

e) PROYECTO LEY N° 3096/97-CR, presentada por la bancada de Acción Popular, proponen que no se pueda fundar en hecho propio como actualmente es, sin embargo, da la excepción de la causal del inciso 5) que estipula el abandono injustificado de la casa conyugal.

“Artículo 333°.- Son causales de separación de cuerpos:

- 1.-La infidelidad.
- 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.
- 5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de este plazo.
- 6.- El abandono de la casa conyugal por más de cinco años continuos por cualquiera de los cónyuges.
- 7.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 8.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenos o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
- 9.-La enfermedad sexual grave contraída después de la celebración del matrimonio.
- 10.-La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11.-La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración de matrimonio”.

“Artículo 335°.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto en el caso del inciso 5) del Artículo 333°”.

3.3 CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

La separación de hecho es el periodo continuado en donde no existe la vida marital y existe una ruptura matrimonial entre los conyuges. En la separación de hecho no hay deber de vida común en los conyuges. Esta separación se puede dar a decisión unilateral de cualquiera de los conyuges o puede ser una decisión bilateral, es decir un acuerdo entre ellos. La separación de hecho no puede ser por periodos intermitentes, el juzgado para que lo pueda reconocer debe haber pruebas concretas del fin de la vida marital entre lo conyuges y esta debe ser continuada.

3.2.3 Ley Nro. 27495

Esta ley incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y el consecuente divorcio. En su Artículo 2° de esta ley modifica el artículo 333° adiciona los incisos 12° “La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.” Y el 13° “La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.”

Además, modifica el artículo 345° del Código Civil en el cual en caso de separación de hecho el juez deberá fijar el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos y de la mujer o el marido todo esto a favor de los hijos menores de edad la familia o según lo que ambos cónyuges acuerden.

Incorporan también el artículo 345-A° en el Código Civil donde dan apertura a la indemnización en caso de perjuicio. Además, acotan que el juez deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado así también la de sus hijos en caso se tuviera.

3.3.1 Vía Notarial y Municipal

Para tramitar la disolución del vínculo matrimonial por separación de hecho tenemos tres vías: primero la vía notarial, municipal y judicial. Tanto la vía notarial como la vía municipal tienen similitudes: primeramente, los solicitantes en este caso son los cónyuges cuando han llegado a un acuerdo y se hace esta solicitud frente a un funcionario público, que en el caso de vía notarial vendría a ser el notario y en el caso de vía municipal vendría ser el alcalde. Con esto se busca que al no haber una *litis* las vías de trámite para la separación del matrimonio sea ligera. Cuando no hay *litis* no hay necesidad de recurrir a un órgano jurisdiccional, cuando los cónyuges tienen un acuerdo de separación y se cumple con los requisitos expresos en ley.

3.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

Como hemos visto anteriormente ha habido muchas proposiciones de modificaciones respecto a la separación de hecho en el sistema jurídico peruano. Encontramos la ley número 27495, esta ley se complementa con el tercer pleno casatorio civil, que modifica su contenido y reconoce que el divorcio y su posterior disolución del vínculo matrimonial contienen un sistema mixto y complejo y regula tanto causales circulatorias como causales inculpatorias.

Es necesario entender que en el Perú se reconoce dos tipos de divorcio: el divorcio remedio, en el cual el representante del órgano jurisdiccional verifica la separación de los cónyuges sin que estas conductas tipificadas en el código civil como causales de divorcio sean conductas imputables a alguno de los cónyuges.

En el divorcio sanción se le imputa a uno de los cónyuges alguna de las acciones tipificadas en el código civil como causales de divorcio.

La separación de hecho, procesalmente hablando califica más como un divorcio sanción dado que en los procesos de separación de hecho se pide una indemnización, es decir, que se encuentra a uno de los cónyuges culpables de esta separación y el y el otro cónyuge será indemnizado, a pesar de que se diga de su calidad mixta, no se refleja materialmente lo que se fija en el 3er Pleno Casatorio Civil.

3.5 REQUISITOS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

En las figuras jurídicas que encontramos en nuestro sistema jurídico podemos encontrar elementos tanto objetivos como subjetivos y la separación de hecho no es una excepción a ello Es por eso que podemos identificar elementos que configuran la separación de cuerpos y divorcio un primer elemento qué Debemos identificar es el rompimiento continuo de la convivencia y Dentro de este podemos encontrar también un elemento subjetivo el cual vendría a ser el ánimo de no unirse al cónyuge es decir que se debe identificar que hay una intención de los cónyuges de no continuar haciendo una vida en conjunto sin embargo Debemos identificar también que hay excepciones Dentro de estos elementos la primera es que sí la separación de hecho se produce por cuestiones laborales o académicas judiciales como la detención o en caso de intervenciones quirúrgicas fuera del país que demanden bastante tiempo de separación

Se puede identificar un tercer elemento qué es la separación debe tener una temporalidad continua el plazo mínimo de este legalmente se ha establecido en el período de 2 años esto en el caso que los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad y si en caso los tuviera el período sería de 4 años y como mencionamos antes estos periodos de tiempo deberán ser interrumpidos y sosteniendo los mismos ánimos de separación ya sea unilateral o bilateralmente.

3.6 CUESTIONES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

3.6.1 Legitimidad para obrar en la separación de hecho

La acción de separación de cuerpos es personal por que corresponde sólo a los cónyuges pues estos son los únicos que están en aptitud de apreciar sobre la conveniencia o inconveniencia de promover una acción de esta naturaleza cuyo efecto es el decaimiento de nexo conyugal y porque nadie tiene derecho de introducir una sociedad conyugal un germen de perturbaciones capaces de conducir luego al divorcio.

Se precisa que “Que, por consiguiente, ni el inciso décimo segundo del artículo 333° ni el artículo 345-A° del Código Civil limitan la acción de divorcio únicamente a quien unilateralmente haya invocado la separación de hecho” (Casación 1120-2002-Puno, 2002), es decir que cualquiera de los conyuges puede interponer demanda ante el juzgado competente. Pues tiene en este sentido el derecho a la igualdad que se constituye en la Constitución se aplica “conforme a lo expuesto cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción conforme a la causal bajo estudio; más aún si tenemos en cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón” (Casación 1120-2002-Puno, 2002).

Legitimidad para obrar en la causal de separación de hecho lo mismo que la separación de cuerpos, por norma general la acción de divorcio es de naturaleza estrictamente personal, sin embargo, por excepción de alguno de ellos: incapacidad por enfermedad mental o por declaración de ausencia. La opción puede ejercitarse por cualquiera de los ascendientes dice funda en una causa específica. A falta del curador especial, representa en capas la acción corresponde a los propios cónyuges porque es evidente que ellos son los únicos que están en aptitud de apreciar tal necesidad la

conveniencia o la procedencia de instaurar una acción cuyo efecto será la disolución definitiva el nexo conyugal, pero cómo se tiene dicho por excepción podrán representar al incapaz en los casos mencionados en dientes y también el curador especial.

3.6.2 Elementos configurativos de la separación de hecho

Los elementos configurativos para la causal de separación de hecho son tres: el objetivo o material, subjetivo o psíquico y temporal. El elemento objetivo se evidencia cuando hay un resquebrajamiento permanente y definitivo de la convivencia, es decir que debe haber una separación prolongada entre cónyuges y un incumplimiento del deber de cohabitación, de la en vida común. En cuanto el elemento subjetivo es la falta de intención o el ánimo de restaurar la vida conyugal. Respecto al elemento temporal se exige que sea un tiempo ininterrumpido de 2 años si no tuviese hijos menores de edad y 4 así lo tuvieron (CAS Nro. 157- 2004).

3.6.3 Excepción del elemento objetivo

Como todo en el derecho nada es absoluto es por ello por lo que hay una excepción en la configuración activa de la causal de separación de hecho, qué refiere que, si bien para una configuración objetiva de la causal de separación de hecho debe haber un evidente incumplimiento del deber de hacer de vida en común, esto se incumple cuando de por medio hay razones de fuerza mayor relacionadas con situaciones laborales, de estudios o de salud. “Para efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333° del Código Civil, no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, precisando la norma acotada que en este caso se requerirá el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo” (CAS Nro. 2178-2005, Lima).

3.6.4 Requisitos para la demanda de divorcio por causal de separación de hecho

Para interponer una demanda divorcio por causal de separación de hecho se imponen ciertos requisitos con el fin de proteger a la familia:

- Plazo de 2 años si no existen hijos y de 4 si los hay, hijos menores de edad.
- Exigencia de las obligaciones alimenticias.
- Indemnización al cónyuge perjudicado o adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal.

Además, se debe considerar qué: “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos.” (Casación N° 2178-2005-Lima). Los daños personales deben también de tener una indemnización correspondiente pues el juez “Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables al cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352° en cuanto sean pertinentes” (Casación N° 2178-2005, Lima).

3.6.5 Medios probatorios de la causal de separación de hecho

Es la demostración de la separación de hecho de los cónyuges, “no estableciéndose para ello un medio probatorio determinado encerrado dentro de una forma establecida siendo susceptible de ser valorado y admitido como medio de prueba de lo solicitado, todo documento público o privado que evidencia la certeza de los hechos” (CAS Nro. 2548- 2003, Lima).

Los medios probatorios tienen por finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, es decir producir certeza en el juez. Respecto de los puntos controvertidos y fundamentadas y sus decisiones estos deben ser precisos por las partes en los actos postulatorios tales pueden ser como la declaración de testigos la declaración de parte prueba documental.

3.6.6 Plazo establecido para que se configure la separación de hecho

Para que se configure la separación de hecho, las interrupciones de los deberes matrimoniales deben de ser por un periodo de 2 años en caso no hubiera hijos y el plazo será de 4 años si los cónyuges tienen hijos menores de edad. Cabe recalcar que este periodo que se estipula debe ser un período estrictamente ininterrumpido y debe primar en este periodo el animus de no regresar al deber de cohabitación. Asimismo, este tiempo va tiene que ser permanente y sin interrupciones, sólo así se podrá fundar la demanda.

“Que, el plazo previsto para la separación de hecho es de un periodo ininterrumpido de dos años, plazo que 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.” (CAS Nro.1120, Puno)

3.6.7 Efectos de la causal de separación de hecho

3.6.7.1 Alimentos

Alimentos en la separación de hecho, el juez está obligado a cuidar de que los padres divorciados cumplan con el fundamental derecho y deber de alimentar a sus hijos, “siendo los alimentos un derecho humano fundamental de atención prioritaria que se encuentra estrechamente ligado a la subsistencia y desarrollo de la persona por lo que goza de protección existe la obligación del juez que decreta el divorcio por separación de hecho de fijar una pensión alimenticia a favor del cónyuge que resulte más perjudicado como consecuencia de la separación” (CAS Nro. 1758-2005, Lambayeque). Por cuya razón en la sentencia deberá señalar la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos. Deben entenderse por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, según la situación o posibilidad de los padres. Pero si el alimentista es menor de edad los alimentos por disposición legal comprenden también su educación instrucción y capacitación para el trabajo, en todo caso los alimentos deben solicitarse expresamente. “Los alimentos a qué se refiere el artículo 345° del código civil deben entenderse como aquellos a los cuales están obligados de manera natural durante su relación no siendo necesario que la mujer carezca absolutamente recursos para acceder a ellos, sino que basta que los pocos que posea no resulten suficientes” (CAS Nro. 1758-2005, Lambayeque).

3.6.7.2 Tenencia

Cuando haya separación de hecho entre dos cónyuges y en común tengan hijos, la tenencia de los niños y adolescentes se deberá determinar por mutuo acuerdo entre los cónyuges, en caso no haya un común acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente teniendo como principal al interés superior del niño. Preferentemente la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quién se confía en los hijos en tanto que el otro cónyuge queda suspendido en su ejercicio.

3.6.8 Hecho propio y separación de hecho

La causal de separación de hecho se puede fundar en hecho propio, la jurisprudencia menciona que “En el inciso 12 del artículo 333° del código civil, se establece que en el caso de la causal de

separación de hecho no resulta de aplicación lo previsto en el artículo 335° del mismo código en cuanto establece que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.” (CAS Nro. 220-2004, Lima)

3.7 ¿RESARCIMIENTO O INDEMNIZACIÓN EN LA SEPARACIÓN DE HECHO?

El Tercer Pleno Casatorio ha significado un importante hito jurisprudencial en el ámbito del derecho de familia. Entre las reglas que constituyen precedente judicial vinculante, se puede considerar como la más importante la establecida en el segundo párrafo resolutorio, la cual señala que:

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. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

No obstante, del propio enunciado del párrafo resolutorio se pueden colegir algunos errores y esbozar una serie de cuestionamientos en relación a la confusa utilización de conceptos como indemnización, daño moral o daño a la persona. Además de ello, en los párrafos que constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia se incurre en una serie de errores, y una carencia de motivos que expliquen el precedente judicial. Sin embargo, lo más problemático y lo que ha dado luz a este trabajo es que, no se han brindado parámetros lo suficientemente exhaustivos para determinar en qué situaciones corresponde una indemnización, a cuál de los cónyuges le correspondería la misma, o en base a qué criterios se debe determinar el monto indemnizatorio.

Esta falta de precisión ha generado que los jueces quienes en primer lugar se sienten compelidos a otorgar una indemnización a uno de los cónyuges, no tengan los mismos criterios para determinarla (o en muchos otros aso, simplemente carezcan de criterios). Finalmente, esto ocasiona una diferencia no justificada en diferentes casos y se incurre en una falta en el deber de motivar de los jueces, por cuantos estos al no tener razones consistentes y certeras, no pueden motivar adecuadamente sus resoluciones.

3.7.1 Cuestiones Preliminares

3.7.1.1 Derecho de daños y derecho de familia

Aunque, como se verá más adelante (y fue señalado expresamente en el Tercer Pleno Casatorio, la indemnización a otorgarse no es producto de un supuesto de responsabilidad civil, es importante comprender las relaciones (medianamente complejas) entre el derecho de familia y el derecho de daños.

La primera idea que debemos exponer es que, en un inicio, se consideraba que los daños producidos entre familiares no eran tales o en su defecto, no existía la necesidad de repararlos. Esta concepción se mantuvo principalmente en el *common law*, sostenido por ejemplo por la doctrina de la *marital unity*, “de acuerdo con la cual el matrimonio determinaba que la identidad de la mujer se fundiera con la de su marido y ambos pasaran a ser, en derecho, una sola persona” (Ferrer Riba, 2001). De acuerdo con el señalado autor, esta teoría en realidad servía, para justificarla falta de capacidad de la mujer dentro del matrimonio, sujetándola a los mandatos de su esposo. Esta doctrina permitió la adopción del principio de inmunidad, en razón del cual las acciones de responsabilidad civil no cabrían entre familiares – con especial énfasis entre los cónyuges (Tanzi & Papillú, 2011). Esta aparente tolerancia a los detrimentos entre familiares no solo se expresa en el derecho civil. Por

ejemplo, el código penal peruano en su artículo 208 sobre excusas absolutorias, señala que algunos delitos cometidos entre familiares no son punibles penalmente.

A pesar de que, la teoría de la *marital unity* fue paulatinamente superada; principalmente a partir del reconocimiento de la capacidad plena de la mujer dentro y fuera del matrimonio, en el siglo pasado aún se conservó una noción de inmunidad familiar. Por la cual, las legislaciones de occidente consideraban que la responsabilidad por daños entre familiares debía ser atenuada. Ferrer Riba (2001) entiende que ello se podría deber principalmente a 3 razones:

El status familiar del dañante respecto de la víctima; b) la existencia de una relación de convivencia entre las partes afectadas; y c) la conexión del daño con el ejercicio de un rol o función familiar (que ha sido un factor tradicional de atenuación de responsabilidad en el derecho europeo y también ha sido adoptado por muchos tribunales estadounidenses tras la superación del régimen de inmunidades).

Podemos señalar que la admisión del resarcimiento por daños entre familiares es relativamente reciente. Y a pesar de su admisión, se sigue considerando que, dada las particularidades del derecho de familia, las reglas de responsabilidad civil extracontractual deben adaptarse de forma que no atenten contra principios como el de conservación matrimonial o el de unidad familiar.

Sin embargo, el código civil peruano no se hace una mención expresa a una variación de las reglas de la responsabilidad extracontractual en el derecho de familia. Por lo tanto, podemos colegir que en principio opera la cláusula general estatuida en el artículo 1969 por la que “aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”.

No obstante, el código si hace mención expresa de la indemnización por daños, cuando los mismos están relacionados con la disolución del vínculo matrimonial. Por ello, en el caso del divorcio (específicamente el denominado divorcio sanción), entre las múltiples consecuencias negativas para el cónyuge culpable, se encuentra el deber de indemnizar al cónyuge inocente por el daño moral producido. Así, el artículo 351° señala: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”. En este caso, el código no señala una forma diferente en la que se deba evaluar el daño o los presupuestos de la responsabilidad civil. Tampoco lo hace, cuando establece en el artículo 345-A el deber de indemnización por desequilibrio económico (en el supuesto 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.” (Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, 1984)

Artículo que, sin embargo, resulta bastante confuso y errático. De igual forma, su interpretación en el Tercer Pleno Casatorio no ha sido satisfactoria; pues no se han aclarado los aspectos ininteligibles del artículo y se han reafirmado los errores en los que ha incurrido el legislador. No obstante, esta idea se desarrollará en el apartado 4.2.

3.7.1.2 Indemnización y resarcimiento

Como se puede observar prima facie, el artículo 345-A entrelaza en un mismo enunciado: la estabilidad económica de uno de los cónyuges y la producción de daños como supuestos de una posible indemnización. Véase que se utiliza esta expresión: “indemnización”. El código civil

peruano utiliza indistintamente esta palabra, así como resarcimiento para referirse a la obligación de reparar un daño o compensarlo.

Esta distinción se plantea como una cuestión preliminar no por muto propio, sino que a partir de la publicación del III Pleno Casatorio, los doctrinarios peruanos han discutido bastante sobre el concepto de la indemnización y en que supuestos opera, diferenciándola del resarcimiento. Incluso en el propio pleno se plantea una delimitación conceptual sobre la indemnización. En este apartado nos limitaremos en rescatar algunas conclusiones sobre tal distinción, sin el ánimo de resolver este problema que no es materia de la tesis.

En el segundo párrafo del fundamento 54° del pleno se hace una precisión al respecto, al señalar la naturaleza jurídica de este tipo de indemnización: “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”. Antes de sacar las primeras conclusiones sobre la postura del pleno, es menester remarcar que en este caso no se nos está ofreciendo una definición de la indemnización, sino de este tipo específico de indemnización sui generis en el ámbito del divorcio por causal de separación de hecho.

Lo primero, que se puede colegir es que las causas del resarcimiento y la indemnización son diferentes. Así, el resarcimiento opera cuando se ha producido un daño, y por lo tanto se puede entender como la reparación del daño. Sin embargo, este enunciado no parece dar mayores luces sobre una posible definición de indemnización. Morales Hervias (2011) ha señalado con bastante razón que el pleno confunde en distintos momentos indemnización y resarcimiento (aunque como se verá más adelante, las razones son distintas). Para él, la indemnización “...es un remedio que comprenden los casos en los cuales una obligación pecuniaria se constituye con miras a la composición de intereses que resulta necesaria por la pérdida o la limitación de un derecho derivada de la verificación de un determinado hecho jurídico concreto”.

En realidad, esta definición no es muy esclarecedora, considerando además que él plantea una separación absoluta entre ambos términos (indemnización y resarcimiento). Puesto que tal definición podría corresponder ambos conceptos, e incluso otros. La diferenciación se hace más clara cuando compara ambos términos: “La indemnización no corrige sino compensa o restablece un desequilibrio económico producido. El resarcimiento resarce, previene o castiga dependiendo de las funciones de la responsabilidad civil que se aplique a cada caso concreto” (Morales Hervias, 2011). Podemos sostener que tal definición se ve amparada en la diferenciación que hace el pleno, aunque con mayor claridad. Entonces, el resarcimiento es la consecuencia (remedio) que se establece luego de determinarse la responsabilidad civil mientras que la indemnización compensa o restablece un desequilibrio económico por mandato de la ley.

El inconveniente con la distinción que hace Morales Hervias es precisamente que es la misma del tercer pleno y por tanto es restrictiva. Dado que la diferenciación que hace el pleno es solo para la indemnización sui generis con motivo del divorcio. Para entender mejor una la diferencia deberíamos remitirnos a la fuente del tercer pleno casatorio en esta materia. El pleno optó por seguir los lineamientos expuestos por el profesor Leysser León sobre este punto, en su calidad de Amicus Curiae, quien señaló:

- a) “El sistema peruano debiera iniciar una diferenciación clara y precisa entre «indemnización» y «resarcimiento», pues son conceptos con diferentes alcances. En el primero no es necesario imputar responsabilidad civil ni hablar de culpable o de imputable, sea por un incumplimiento o por un ilícito aquiliano [...]. La indemnización tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con un criterio de equidad.” (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

Lamentablemente, de esta afirmación tampoco se puede obtener una diferencia clara entre ambos términos. La diferencia resulta aparente al hablarse en ambos casos de daños producidos. Por lo que no se entiende por qué en algunos casos debe aplicarse las reglas de la responsabilidad civil y en el otro no.

No obstante, la referencia a la fijación del valor mediante un criterio de equidad en el caso de la indemnización nos permite entender mejor las consecuencias diferentes de ambas figuras. Por lo que podemos señalar como principales diferencias las siguientes:

Resarcimiento	Indemnización
Solo se exige ante la producción de un daño.	Puede producirse ante la producción de un daño u otro supuesto señalado por la ley.
Deben comprobarse además los demás presupuestos de responsabilidad civil.	No se requiere comprobar ninguno de los presupuestos de la responsabilidad civil.
El monto resarcitorio se calcula a partir de la cuantificación del daño (además no siempre se trata de un monto dinerario).	El monto indemnizatorio se calcula mediante un criterio de equidad.

3.8 LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

3.8.1 Conclusiones del III pleno casatorio

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú emitió, el día 18 de marzo del 2011 la casación N.º 4664-2010-Puno. De acuerdo con los supuestos del artículo 400 del código procesal

civil, esta casación fue elaborada para ser estatuida como el Tercer Pleno Casatorio Civil. Los hechos del caso que motivó la casación son los siguientes:

“(…) un esposo solicitó separación de cuerpos por separación de hecho y la esposa en la reconvencción pidió una indemnización, relatando que apoyó económicamente al marido en sus estudios universitarios de profesor; pero —no obstante, ello— la maltrato verbal y físicamente; agregando que el esposo tiene una relación convivencial. Tanto en primera como en segunda instancia se declara la separación de hecho y se le otorga a la esposa una indemnización por S/. 10,000.00.” (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

Finalmente, el pleno falló declarando infundado el recurso de casación presentado por el esposo que había demandado el divorcio. Y entre las reglas que se constituyeron como precedente judicial vinculante podemos destacar como las más importantes:

- a) “En los procesos de familia el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales.
- b) El Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, 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.
- c) De oficio, el Juez se pronunciará sobre la indemnización, 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.
- d) El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias:

- El grado de afectación emocional o psicológica.
 - La tenencia y custodia de hecho de sus 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, entre otras circunstancias relevantes.
- e) La indemnización 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 N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011).

3.8.2 El carácter particular del derecho de familia

Por diferentes razones que no son motivo de discusión en este capítulo, la familia es considerada en el ordenamiento jurídico peruano (como en muchos otros) como digna de una protección especial. A decir de Ferrer Riba (2001) “(...) entre los miembros de la familia rige un principio de solidaridad, que se manifiesta en la existencia de una cierta “comunidad económica, de destino y de responsabilidad” que el derecho considera digna de protección”.

Cuando el vínculo matrimonial se rompe, esto conlleva a un perjuicio ante la sociedad al no haber poder consolidado una familia, al ser el mismo estado protector de esta. Sin embargo, uno de los conyuges también demostrará por sus medios probatorios una afectación, el juez deberá pronunciarse sobre ello. “Sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de

acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio” (CAS Nro. 308-2003, Ica)

En ese sentido, el código civil y el código procesal peruano están orientados de forma tal que buscan garantizar la conservación de la familia y por tanto del matrimonio. Por ello, entre otras cosas ha establecido un proceso de conocimiento (que es el más complejo) para dilucidar el divorcio por causal; las causales son taxativas con carácter de numerus clausus; y las consecuencias negativas para el cónyuge culpable son bastante severas.

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

De esta forma el pleno adopta ciertas disposiciones como el deber del juez de determinar la indemnización, aunque la parte no lo haya solicitado explícitamente. Como señala Espinoza Espinoza “En aras del principio de “socialización del proceso” se pretende que el juez sea una suerte de “patrocinante” al imponerle que, en atención a lo alegado por las partes, “descubra” petitorios implícitos”. Lo cual se materializa también, en la primera de las reglas que constituyen precedente judicial del pleno. Por lo tanto, los principios procesales deberían flexibilizarse en atención de otros principios del derecho de familia como puede ser el interés superior del niño o el principio de protección del cónyuge más débil.

Es esta motivación de protección de la parte más débil <que generalmente coincide con los sectores de la población más vulnerable como mujeres, niños y adultos mayores> la cual sostiene el artículo 345°-A. No obstante, la interpretación de este artículo realizada en los fundamentos de la sentencia del pleno, termina desnaturalizando el sentido del mismo (el cual ya resultaba confuso e incluso cuestionable). La búsqueda de fines legítimos como la protección del cónyuge más perjudicado por la separación no debería provocar la afectación de otros derechos como puede ser la debida motivación de las sentencias. Como señala Lepin Molina (2014) “El Derecho de Familia tiene una especial función protectora de los derechos de quienes resultan ser los más débiles en las relaciones

de familia. Nos referimos a la protección de los derechos de los niños y del cónyuge más débil” (Lepin Molina, 2014).

3.8.3 Sobre “la indemnización por daños”

Como hemos mencionado, el derecho de familia se caracteriza por su cariz tuitivo. Las nuevas tendencias se enfocan en que ese enfoque protector vaya a tutelar principalmente a quienes se encuentran en una circunstancia particular de vulnerabilidad. Es por ello, como señala Lepin Molina (2014) la política legislativa de nuestro código civil ha venido adoptando una serie de disposiciones favorables a tutelar a quienes requieren de esa tutela. Tal es el caso del artículo 345° A, que busca compensar el desequilibrio económico entre cónyuges que se separan. Por ejemplo, en el caso del ordenamiento chileno, en el que la doctrina de la compensación económica ha resultado fructífera:

La hipótesis de fondo que se contempló fue el de la mujer que, después de postergar su desarrollo profesional o laboral en aras de la mantención del hogar y el cuidado de los hijos, era abandonada por su marido dejándola normalmente a cargo de los hijos y sin la posibilidad de acceder al mercado laboral, además de privada de los beneficios económicos que le reportaba el estatuto protector del matrimonio (en materia de alimentos, derechos sucesorios, pensiones de viudez, cobertura previsional de salud, etc)- (Corral Talciani, 2017, pág. 82)

El principal antecedente de la indemnización en caso de divorcio por causal es la figura de la compensación establecida en el código civil español. El artículo 97° de este texto normativo señala:

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.

Figuras similares a la del código español, podemos encontrar en el artículo 129° del Código Civil Italiano. No obstante, en el caso de la regulación del código italiano este supuesto se encuentra dirigido a los cónyuges de un matrimonio putativo, es decir nulo por causas de las que ambos cónyuges desconocen. En ese sentido la buena fe no está referida a las causas de la separación sino al desconocimiento de las causas de la nulidad.

Por su parte el artículo 270° del Código Francés, a partir de la modificación por la ley n°2004-439 del 26 de mayo del 2004, adoptó la figura de la compensación de una forma bastante similar a la del español, en el que el fundamento principal de la indemnización es el desequilibrio económico.

No obstante, la indemnización señalada en nuestro código civil es diferente, por cuanto involucra muchos más supuestos lo que a la vez la hace más compleja. Luego de la dación del III pleno, esa diferenciación ha sido aún más marcada. En consecuencia, se ha señalado que:

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. (f. 49)

En el caso del supuesto regulado en el ordenamiento jurídico civil peruano, no solo se establece “la indemnización” para compensar el desequilibrio económico como es el caso de las legislaciones

española, italiana o francesa, sino que se concibe que la separación ha producido un daño y que este de alguna forma debe ser reparado (aunque en la sentencia se niegue esto). Lo cual implica que se tomen en consideración ciertos criterios de responsabilidad (lo cual también es tajantemente negado en los fundamentos). Al final, la sentencia prescribe algo diferente de lo que fundamenta, cayendo en múltiples contradicciones y errores. No obstante, primero destacaremos los puntos principales de la sentencia para posteriormente, señalar las falencias y contradicciones de estos.

3.8.3.1 Naturaleza jurídica

Podríamos afirmar que todos los problemas teóricos o prácticos giran alrededor de la naturaleza jurídica de la indemnización por divorcio por causal de separación de hecho. El tercer pleno señala expresamente cual es esa naturaleza: “Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal...”. Esto en realidad no parece decir mucho, más allá de su carácter excluyente. Si tiene el carácter de una obligación legal, no tiene un carácter resarcitorio o reparador, por ejemplo. Y ahonda mucho en este aspecto, al diferenciarla de un efecto de responsabilidad civil, ya 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.

De hecho, la comparación con los efectos del divorcio sanción resulta muy ilustrativa. En el caso del divorcio sanción, nos encontramos ante un supuesto en el que el cónyuge culpable, lo es, precisamente porque ha cometido un ilícito civil. Este ilícito ha provocado diferentes efectos. Entre los que se encuentra principalmente el divorcio. Además, produce distintos efectos negativos para el culpable. En este caso, pues se aplican las reglas de la responsabilidad civil.

El acto civil ilícito (el adulterio, el maltrato familiar, las injurias graves, etc.) constituyen un ilícito civil por cuanto son una violación de los deberes matrimoniales. Este acto es a la vez la causal del divorcio y el acto antijurídico. Asimismo, la imputación de culpabilidad a uno de los cónyuges es a la vez un juicio sobre el factor de atribución (dolo o culpa). Por lo tanto, los otros presupuestos (el nexo de causalidad y el daño) son susceptibles de comprobación y discutibles en el proceso de divorcio. De esta forma en el proceso de divorcio sanción se pueden aplicar las reglas de responsabilidad civil, principalmente que hay un ilícito plenamente identificable que es el propio hecho por el cual se está solicitando el divorcio.

En el caso del divorcio remedio, específicamente el que se sostiene en la separación de hecho no se podrían identificar los presupuestos de responsabilidad civil. Pues (independientemente Finalmente si se sigue una teoría estratificada de los presupuestos de la responsabilidad civil o no) al no existir un acto ilícito atribuible a alguna de las partes, no se podrían establecer los otros presupuestos.

Pues, como ha sido remarcado por el pleno, la demanda de divorcio por esta causal es absolutamente legítimo; por lo tanto, no se podría afirmar que quien quisiera divorciarse incurriría en una conducta antijurídica. Además, dado que en este tipo de divorcio no hay un cónyuge culpable, no contamos con un factor de atribución prestablecido como en el divorcio sanción. “...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 lo tanto, nos encontramos ante un supuesto de indemnización sui generis en la que no se deben aplicar las reglas de la responsabilidad civil. En el mismo orden de ideas es interesante la postura de Corral Talciani, al señalar:

(...) que se trata de un supuesto de indemnización por afectación lícita de derechos.
El derecho afectado es la estabilidad del matrimonio y la confianza en la

permanencia de su estatuto protector, ya que, según sigue diciendo el art. 102 del Código Civil, el matrimonio se contrae para toda la vida. (Corral Talciani, 2017, pág. 88)

Ahora bien, si la indemnización no se exige por el deber general de indemnizar cuando se ha provocado un daño, entonces debe encontrar otra justificación. Hay que señalar que se trata de una obligación de carácter de legal no soluciona la discusión sobre su legitimidad y tampoco permite entender cómo opera. Para ello, debemos encontrar sus fundamentos: “El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad y en la solidaridad familiar”.

Tales principios de equidad y solidaridad familiar se expresan en la compensación del equilibrio económico. Y es precisamente a partir de este punto en el que el ordenamiento jurídico adopta una concepción confusa sobre tal desequilibrio y sobre cómo se produce. Y es porque si bien hasta este punto, los dispuesto en el pleno sobre la naturaleza jurídica era orientado en el lado correcto. Luego, se contradice y cae en hierros, porque en vez de corregir el defectuoso enunciado del artículo 345 – A, cae en un intento de explicar y regular una norma que en vez de ser interpretada necesita ser corregida

3.8.4 ¿El juez está obligado a dar una indemnización en la separación de hecho?

Según jurisprudencia peruana, “el juez no tiene mandato imperativo para fijar una indemnización amparándose en el 345°-A del Código Civil para considerar una indemnización se tiene que determinar primeramente el cónyuge perjudicado y la determinación de la inestabilidad económica de en caso sea fundada la demanda.” (CAS Nro. 2548-2003-Lima)

Debemos interpretar que todo decaimiento del vínculo matrimonial implica un perjuicio para ambos cónyuges dado que no se logró consolidar una familia estable es por ello que los juzgados no están obligados a pronunciarse sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte perjudicado

sin embargo en caso lo fuera se fijará una indemnización para la parte más afectada se le dará preferencia a los bienes que hayan tenido como sociedad conyugal para compensar el perjuicio.

Sin embargo, esto cambió en el año 2005, pues la Corte indica que el juez debe pronunciarse sobre el conyugue perjudicado:

Que, interpretado dicho texto [artículo 345°-A] debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio; debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o adjudicación preferente. (CAS Nro. 2178-2005, Lima)

Respecto a la indemnización en la separación de hecho, en el derecho, es una cuestión bastante debatida, se debe entender qué “así como el vínculo matrimonial es generador de una serie de consecuencias jurídicas de orden patrimonial es generador de una serie de consecuencias jurídicas de orden patrimonial y extrapatrimonial” (Coronado, 2019).

Existen algunos modelos extranjeros como el italiano, el francés y el español que regulan la indemnización dentro de la separación de hecho con una finalidad de que el matrimonio al momento de divorciarse, patrimonialmente, tengan igualdad económica entre ambos conyugues. Es decir que la indemnización no se basa en la culpa, si no en la igualdad patrimonial resultado del matrimonio.

En nuestro sistema no solo comprende la indemnización por el menoscabo material, sino también el daño personal, inconsistente planteamiento que no guarda coherencia con la naturaleza de este tipo de indemnización, de acuerdo con los modelos jurídicos en el derecho comparado, en los que no encontramos mención alguna sobre la generación de daños y menos de daño personal. Esta situación produce una interpretación errónea en los operadores del derecho respecto a la indemnización, generando una distorsión en su aplicación y con ello una influencia negativa en la tramitación del proceso de divorcio por causal de separación de hecho. (Coronado Gamarra, 2019, pág. 71)

El tercer pleno casatorio desarrolla integralmente el tema de separación de hecho. En el fundamento 63 habla sobre los fines de la indemnización y que se deben distinguir “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” (Tercer pleno casatorio civil, 2011, pág. 63). Así mismo reconocen que al hablar de una indemnización que tiene un carácter obligacional legal que comprende daño material y daño personal, “El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial” (Tercer pleno casatorio civil, 2011, pág. 54).

Sin embargo, también se expone la postura de Leysser León en el Tercer Pleno casatorio donde indica qué:

En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor Leysser León Hilario, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la

indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras. (Tercer Pleno Casatorio Civil, 2010 f. 57)

Entonces podemos decir que la indemnización se da en el supuesto que el divorcio cause un desequilibrio económico en algunos de los conyugues, este último llamado también conyugue perjudicado.

Para que sea conyugue perjudicado se debe tener en cuenta que:

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 éste es el consorte abandonado en contra de su voluntad, más no lo será si la separación de los cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la de abandono injustificado de la casa conyugal, causal para la cual, de acuerdo a un criterio no le requerirán que pruebe lo 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 lo afirmado. optando de este modo por facilitar su causal. (Tercer Pleno Casatorio Civil, 2010 f. 57)

En consecuencia, el juez tiene la obligación de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado, pero motivando sus decisiones en los medios probatorios actuados en el proceso.

3.8.4.1 Crítica

La naturaleza jurídica señalada en el III Pleno Casatorio es correcta e incorrecta a la vez. En realidad, lo señalado por los magistrados de las Salas civil permanente y transitoria de ese entonces era más bien una réplica de lo que comentaban juristas extranjeros sobre la figura de la compensación económica establecida en el Código civil español. Y en ese sentido es correcta la apreciación, porque en efecto la compensación económica para resolver el desequilibrio económico no es un supuesto de la responsabilidad civil. Sin embargo, terminan por desconocer y obviar el otro aspecto del enunciado del artículo. Veamos este enunciado normativo, detenidamente.

“Artículo 345°-A

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” (Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, 1984)

Donde se presenta el problema es en la segunda parte del artículo. Primero y aunque no es el mayor problema, habría que cuestionarse ¿Cuál es la necesidad de hacer mención del daño personal? Se entiende que pese a la contradictoria regulación de los tipos de daños en el código civil y las serias objeciones que se pueden hacer a la doctrina del daño a la persona; al haberse hecho una mención de “indemnización por daños” se entiende que se incluyen los diferentes tipos de daños que pudiesen producir en cada caso concreto. La mención expresa al daño personal parece estar motivada por una militancia exacerbada por ciertas teorías, que motiva a sus seguidores incluir términos cuando son irrelevantes y solo contribuyen a una redacción aún más deficiente.

Sin embargo, no es la inclusión del término “daño” personal lo que termina desnaturalizando el precepto, sino la inclusión del término genérico “indemnización por daños”. El uso del término “indemnización” ya resultaba riesgoso, pues podía hacer entender que se trataba de una casa de responsabilidad civil. Con la expresión indemnización por daños, esa confusión aumenta aún más.

Debemos entender que el uso del término “daños” presupone una concepción errada del desequilibrio económico. Pues el legislador parece haber concebido que coetáneamente al momento de la separación se ha producido un daño. Sin embargo, el desequilibrio económico es una situación eminentemente objetiva. No es un daño producido por alguien, al que le puede imputar. Como ya se ha explicado la indemnización se basa en la solidaridad familiar y no en la reparación de un daño. Y aquí, otra vez resalta el desafortunado empleo de la expresión “daño personal”. ¿Por qué se debe evaluar el daño personal? Si este es eminentemente un daño de carácter extrapatrimonial y el desequilibrio económico lógicamente está relacionado a dinero. Por último, en el supuesto negado de que el desequilibrio económico constituya algún tipo de daño, este sería de carácter patrimonial. La inclusión del denominado daño personal es una invitación para evaluar conjuntamente el desequilibrio económico y la producción de daños con motivo de la separación.

Esta confusión en el uso del lenguaje ha provocado que el pleno casatorio incida en múltiples errores. En estos argumentos se constatará “la mezcla entre el resarcimiento del daño moral con la indemnización del desequilibrio económico” (Morales Hervias, 2011, pág. 55). Aunque, en realidad no solo del daño moral <el profesor hace mención del daño moral porque no reconoce la tipología de del código civil y por tanto considera que el daño moral es el único daño extrapatrimonial existente o en todo caso incluye a todos los demás>. Es precisamente esta mezcla entre distintos supuestos de daños y el desequilibrio económico lo que concentra los principales errores del pleno.

Antes de ahondar sobre ese problema, es importante precisar que también la propia concepción de desequilibrio económico es limitada. El pleno tuvo una oportunidad invaluable para dotar de contenido este concepto y la desaprovechó. Pudo haber tomado el camino optado por la legislación y jurisprudencia chilena. En Chile, el matrimonio se encuentra regulado en la Ley del matrimonio civil, ley 19947, manteniéndose la esencia de la figura de la compensación. El artículo 61° 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. (Ley 19947, 2004)

En el caso del país sureño, se ha enriquecido el concepto de desequilibrio económico, porque no solo está referido al divorcio sino al matrimonio en sí. Pues, ahonda en las causas reales del desequilibrio económico: las cuales están relacionadas a la asignación de roles dentro del matrimonio, pues las mujeres deben muchas veces renunciar a un crecimiento educativo y profesional para dedicarse a labores del hogar. Es debido a esa renuncia que generalmente la mujer, una vez disuelto el vínculo matrimonial, no solo ha visto su patrimonio disminuido, sino que además se encuentra en mayor dificultad de conseguir los medios económicos. Esta justificación es más sustancial que el simple equilibrio económico entre los ex esposos.

En los fundamentos del pleno, incluso se cita a Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, quienes señalan: “En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”. No obstante, no se profundiza sobre esa interesante reflexión de los maestros españoles.

En ese mismo sentido el artículo 270° del *Code* francés no da a la compensación un carácter de equilibrio absoluto sino más bien orientado en que el cónyuge en posición desventajosa, no se vea

limitado en sus necesidades básicas. Es por eso mismo que las prestaciones tienen un carácter temporal o se trata de un monto único, en el derecho francés, español o chileno.

Continuando con el problema de mezclar el resarcimiento de daños y la indemnización por desequilibrio. Veamos primero, como es que se determina al cónyuge perjudicado y por tanto quien sufre un desequilibrio económico respecto al otro. Esto es lo que el Pleno ha denominado juicio de procedibilidad.

En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

En este caso, el pleno ha procedido a reproducir el error del código tal como estaba y además le ha sumado un nuevo hierro. Como si no fuese ya innecesaria una mención del “daño a la persona” en su fundamento 49 procede a agregar otro término igual de superfluo (que sin embargo tienen incidencia en volver aún más errática la sentencia) como es el de daño moral. En este caso, no solo no corrigió el uso inadecuado del lenguaje del artículo 345 – A (y no es que pretendamos que los magistrados actúen como legisladores, pero pudieron haber fundamentado una interpretación más acorde a la naturaleza de la figura en cuestión), sino que se metió en otro asunto que más bien no le correspondía. Porque en vez de caer en el detalle pormenorizado de señalar cuales son los daños que se pueden indemnizar, debió simplemente señalar que podrían ser los que se generen con motivo de la separación, aunque no nos cansaremos de repetir que en realidad no se debería admitir la indemnización de daños conjuntamente con la indemnización por desequilibrio económico, como señala Corral Talciani (2017)

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

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor. (f. 71)

En este punto se puede evidenciar como la confusión es total. Incluso se podría cuestionar si el daño moral al que se refiere el pleno es tan siquiera relevante como para tomarlo en cuenta. Porque bajo esos estándares, el querer divorciarse no sería una expectativa legítima e incluso la causal de separación de hecho debería ser expectorada del ordenamiento jurídico, pues sería una fuente de sufrimiento y dolor injusto para uno de los cónyuges.

Aun así, el problema central es que estos daños no tienen nada que ver con el desequilibrio económico sino más bien son las aflicciones que puede sufrir una persona (como es razonable) por el fin de su matrimonio. Sin embargo, “el derecho al resarcimiento no deviene del divorcio, o porque el hecho dañoso sea causa del divorcio. La causa del divorcio no tiene por qué constituir causa de un resarcimiento de orden económico” (Seijas Rengifi, 2012).

Si bien es cierto la profesora incurre en un error al utilizar las expresiones de resarcimiento o daño, por cuanto estos términos corresponden al ámbito de la responsabilidad civil; está claramente en lo correcto al señalar que las causas del divorcio no pueden ser la razón de la indemnización.

Y las causas del divorcio o el divorcio mismo no pueden constituir un hecho dañoso por cuanto en el divorcio por esta causal no hay culpables. Y es precisamente esa la diferencia sustancial entre ambos tipos de divorcio. Por eso mismo en el artículo 351° se reconoce la posibilidad de ser indemnizado por daño moral, porque es lógico que la causal del divorcio constituya un daño que ha afectado al cónyuge inocente. Cosa que no podría suceder en la separación de hecho, porque no hay ilícitos que constituyan la causal. Además, si los hubiese el proceso de divorcio se desarrollaría bajo otra causal y se convertiría en un divorcio sanción.

Y a pesar de que en distintos momentos de la sentencia se resalta que en efecto en este tipo de divorcio no hay un cónyuge culpable o inocente, durante todas las pautas para determinar el cónyuge perjudicado en el equilibrio, lo que se hace es dar criterios sobre cómo establecer responsabilidades y ningún criterio sobre ingresos económicos. Y en cierto momento, los magistrados lo reconocen en la Sentencia de Corte Suprema por la Sala Civil Permanente con Expediente 002668-2017:

(...) 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. (002668-2017-Lima Este, Divorcio por Causal de Separación de Hecho y otros, 2017)

De los tres criterios expuestos, solo el segundo tiene una relación con el desequilibrio económico. La primera es a nuestro criterio irrelevante, e incluso carece de lógica pues esta causal tiene un

carácter objetivo, no tiene sentido atribuirle a alguno de los cónyuges. Como señala Eduardo Zannoni citado por Seijas Rengifi (2012)

Resulta incoherente que de un lado se tienda cada vez más a superar al concepto de culpa en el fracaso matrimonial propiciando las causales objetivas, que precisamente no la atribuyen y, por otro lado, se exalte, sin ninguna clase de matices, la reparación indiscriminada de daños y perjuicios derivados del divorcio con sustento en los principios de la responsabilidad extracontractual. (pág. 57)

De acuerdo con lo que dice el maestro argentino, podemos colegir que talvez aún existen resquicios de una ideología sacralizante del matrimonio. Lo cual puede ocasionar que se confundan los fines. La finalidad de esta indemnización no es “reparar” la vulneración de un ficticio derecho a permanecer casado o incluso tutelar la conservación de la familia, que podemos considerar legítima. No es así, porque no se busca (o al menos no debería) reparar ningún derecho o interés. En la misma sentencia lo repiten con frecuencia, en especial para resaltar que no son aplicables las reglas de la responsabilidad civil. Sin embargo, los criterios que finalmente se establecen son de alguna forma para establecer la responsabilidad civil. E incluso, admite posibilidades inaceptables para determinar esas responsabilidades, como en el fundamento 52.

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

indemnización a su favor. (002668-2017-Lima Este, Divorcio por Causal de Separación de Hecho y otros, 2017)

Para empezar, resulta razonable que, si se presentasen estas circunstancias como alegaciones de una de las partes, el proceso debería dejar de ser por la causal separación de hecho y las consecuencias que se establezcan deberían ser las de un divorcio sancionen su plenitud. Y la causal bajo la cual debería sustentarse es una relacionada con los actos de violencia. E incluso se podría incoar un proceso diferente exclusivamente para determinar la reparación de esos daños, independientemente del divorcio.

Corral Talciani al comentar sobre la compensación económica en el ordenamiento chileno (en el cual está claramente restringido al desequilibrio económico) se consulta sobre otros daños que pudiesen producirse con motivo del divorcio, principalmente los daños extramatrimoniales, pues la compensación al no tener un carácter resarcitorio no podría involucrar la reparación de esos daños. Señala que “Podría proceder paralelamente una demanda de daños causados por el divorcio, sobre todo pensando en la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales” (Corral Talciani, 2017).

Y este es principalmente, la solución que plantearíamos. Entendemos que tratar de resarcir los daños es un objetivo legítimo. Y atendiendo a la cláusula general que establece que todo daño debe ser reparado, no creemos que el derecho de familia sea un ámbito libre de su aplicación. Bajo esta concepción, entendemos que el resarcimiento debe producirse según las reglas de la responsabilidad civil.

El problema de lo dispuesto por el III Pleno Casatorio no es que busque el resarcimiento de esos daños, sino que no quiera reconocer que se trate de una búsqueda de reparación. Lo cual es producido a la vez, porque indebidamente se ha mezclado los daños y el desequilibrio económico

en un mismo supuesto, y por tanto su evaluación se hace conjuntamente. Lo cual es completamente errado. Porque ambos supuestos requieren de criterios de evaluación diferentes. El mismo pleno reconoce las deficiencias del artículo 345-A y remarca que se tratan de dos supuestos diferentes.

Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

Pero en vez de determinar reglas diferentes para cada uno de estos componentes, y darse cuenta de que cada uno de esos componentes tienen una naturaleza jurídica; establecieron las mismas reglas para ambos. Se encubrió ambos supuestos bajo el disfraz de obligación de carácter legal, cuando solo uno de ellos tenía tal naturaleza jurídica. El pleno se enfrasca en dejar establecido tajantemente que la función del artículo 345-A no es resarcir daños <como en el segundo párrafo de su fundamento 54>, sin embargo, no hacen más que ofrecer criterios para reparar los daños posiblemente producidos por la disolución del vínculo matrimonial.

Si es que al final, no se podía corregir el artículo 345 – A, el pleno debió hacer una distinción entre el desequilibrio económico y los posibles daños causados relacionados al divorcio. Y establecer criterios separados para evaluar cada uno de ellos. No obstante, optó por simplemente repetir la

opinión mayoritaria sobre la indemnización por desequilibrio económico (por cierto, la correcta) incluyendo los supuestos de daños, los cuales en realidad tienen una naturaleza de responsabilidad civil. Lo cual termina desnaturalizando la figura de la compensación e incluso afectando una correcta evaluación de los daños. Pues estos, se encuentran sometidos a reglas mucho más flexibles que los de la responsabilidad civil.

3.9 PRINCIPALES PROBLEMAS PARA DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN

Como hemos señalado previamente, el génesis de los problemas se encuentra en la forma en la que se ha evaluado la naturaleza jurídica de la indemnización. Esto debido a que se ha mezclado supuestos de daños con el desequilibrio económico. Vaciando de contenido este último, pues la forma en la que se determina la indemnización tiene más en cuenta la producción de otros daños relacionados al divorcio que al mismo desequilibrio económico.

De la misma, forma la indebida inclusión de “otros daños” genera distintos problemas como el de “la extensión del resarcimiento (por ejemplo: daños derivados de los hechos que motivaron el divorcio, daños derivados del divorcio en sí mismo o ambos)” (Tanzi & Papillú, 2011). Fíjese que los doctrinarios utilizan la palabra resarcimiento, porque en realidad estamos antes un supuesto de responsabilidad civil.

En ese sentido, el pleno intenta hacer una delimitación de los daños que deberían ser evaluados, sobre todo en su dimensión temporal y causal. Haciendo una distinción inicial 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, que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso (Tercer pleno casatorio civil, 2011, págs. 215-216). Distinción que resulta más bien

ilustrativa que práctica, pues termina por admitir que son indemnizables los daños producidos en ambos supuestos. Sobre los primeros perjuicios señala:

(...) la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de 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. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

En este caso, se consagra de forma palmaria que materialmente en el divorcio por causal, también hay un cónyuge culpable, los esfuerzos de los magistrados por negarlo, es incoherente. Por demás, en nuestra opinión resulta erróneo incluir este tipo de “perjuicios” <como los denomina el pleno>. Solo basta hacerse un planteamiento para ello.

Si es que una pareja que se encontraba en proceso de divorciarse por esta causa, finalmente no lo hace. Entonces, todo el afligimiento emocional de uno de los cónyuges y el hecho de haber cuidado de los hijos sola, ¿no podría luego ser demandado en otro proceso, y exigirse una indemnización? Lo más probable es que la respuesta sea negativa; pero en caso de ser positiva está claro que se

evaluaría bajo las reglas de la responsabilidad civil. Sobre 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. Una vez identificado cual es el tipo de daños a los que se refieren es pertinente señalar sobre qué criterios generales se establece el desequilibrio económico.

En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

Curiosamente, en el caso del desequilibrio económico la forma de abordarlo ha sido más interesantes. Bajo lo dispuesto por el pleno, habrías dos enfoques desde los que se puede concebir tal desequilibrio. Al tenor de lo señalado en ese fundamento, su consideración debe darse de forma conjunta.

Definidos los componentes que deben indemnizarse, corresponde evaluar los criterios específicos para cuantificar la indemnización y proponer otros más adecuados. Vale advertir que dada nuestra postura en relación con la indebida inclusión de un supuesto de daños personales en el artículo 345 – A, nuestro planteamiento inicial es que los criterios deben ser diferentes para la determinación del resarcimiento de daños y la indemnización por desequilibrio económico, centrándonos en este último supuesto.

Dentro de las numerosas limitaciones del III Pleno Casatorio, podemos hallar algunas virtudes. Entre las cuales podemos señalar, la diferenciación entre los criterios para determinar el desequilibrio económico y los criterios para determinar la indemnización. Tal separación se materializa en el juicio de procedibilidad y de fundabilidad. Si bien, tampoco la clasificación de los criterios ha sido muy clara al respecto, nos parece que tal división resulta bastante útil, por lo que analizaremos los criterios separando los relativos a la procedibilidad y a la fundabilidad

3.9.1 Determinación del cónyuge más perjudicado o juicio de procedibilidad

En el derecho comparado, no hemos podido comprobar que se haga una distinción entre la evaluación del desequilibrio y el quantum indemnizatorio, pues los criterios en los que se fundamentan son los mismos. Es por ello que inicialmente nos parece interesante esta clasificación. Sin embargo, nuevamente se cae en muchos errores, pues los criterios son o bien inadecuados o se encuentran ubicados en el juicio (de procedibilidad o fundabilidad) equivocado. Como hicimos mención supra: “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” (f. 61).

Este es el otro punto, en este juicio no se dilucida exclusivamente el desequilibrio económico, sino que además se establece la existencia de un cónyuge perjudicado por distintos daños, lo cual nuevamente nos trae de regreso a criterios de culpabilidad.

...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, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

Ahora bien, de acuerdo con nuestra postura sobre la diferencia entre los supuestos de resarcimiento y los del desequilibrio económico. Por lo tanto, sostenemos que el cónyuge más perjudicado debe determinarse exclusivamente en relación con el desequilibrio económico. Consideramos que el primero de los criterios es sencillamente irrelevante y de compleja probanza. El segundo ni siquiera es un criterio de evaluación, solo es una descripción del desequilibrio económico e igualmente el tercero, simplemente es una descripción del daño a la persona. No obstante, sobre el daño a la persona se indican más criterios.

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. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

No obstante, en realidad en este supuesto se están mezclando criterios. La mayoría de los criterios en realidad servirían para valorar el desequilibrio económico y no algún daño personal. Los demás criterios están orientados a atribuir la responsabilidad por un comportamiento reprochable, sin embargo, el pleno señala que no es necesario probar el factor de atribución

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

deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues que se trata del divorcio remedio. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

Estamos completamente en desacuerdo con esta postura. Pues, si se van a incluir esos criterios de responsabilidad entonces es necesario que esa valoración se fundamente bajo las reglas de la responsabilidad civil. Por lo demás, los criterios que habíamos subrayado en la cita anterior deben ser incluidos para valorar la magnitud del desequilibrio económico.

Así mismo, consideramos que se deberían tomar en cuenta otros criterios que permitan fundamentar mejor las decisiones judiciales. Estos criterios los podemos encontrar en las legislaciones española, chilena¹ o francesa. En el caso de esta última, la normativa dispuesta en el artículo 270° del Code, nos resulta impecable.

La prestación compensatoria se fijará según las necesidades del cónyuge al que se pague y a los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación al tiempo del divorcio y la evolución de ésta en un futuro previsible. Con este objeto, el Juez tendrá en consideración, especialmente: la duración del matrimonio; la edad y estado de salud de los esposos; su cualificación y situación profesionales; las consecuencias derivadas de las elecciones profesionales realizadas por uno de ellos, mientras duró la convivencia, para la educación de los hijos, y en el tiempo que todavía deba dedicarles, o para favorecer la carrera profesional del otro cónyuge en detrimento de la propia; el patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, tras la liquidación de su régimen económico; sus derechos actuales y previsibles; su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación. (Code Frances, 1804)

¹ Véase por ejemplo el artículo 62 de la ley de matrimonio civil chilena: “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.

Consideramos que los magistrados debieron prestarle mayor atención al Código civil francés. Los supuestos que se señala en el artículo 270 responden a las finalidades del equilibrio económico, que el mismo pleno ha reconocido que son la “solidaridad familiar y la equidad”. Y es coherente con la naturaleza jurídica de esta figura, pues se centra en restablecer el equilibrio familiar. Además, entiende cual es el problema de fondo, pues se centra en el derecho de las mujeres a ser compensadas por toda su labor al interior del hogar y haber postergados sus metas personales en pos de su familia <no olvidemos que este es el supuesto de fondo>.

3.9.2 Determinación del quantum indemnizatorio

A diferencia del juicio de procedibilidad, no se expresa claramente de que se trata el de fundabilidad. Sin embargo, podemos colegirlo de algunas afirmaciones del pleno. Por ejemplo, cuando se menciona los aspectos de la culpa que deben ser tomados en cuenta:

Cosa distinta es que en el ámbito del juicio de fundabilidad se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así, por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos. (Casación N° 4664-2010-Puno, III Pleno Casatorio Civil, 2011)

Se puede evidenciar entonces, que el juicio de fundabilidad es relativo al monto de la indemnización. Pero, es preocupante que este monto sea justificado en criterios de culpabilidad y no más bien en la magnitud del desequilibrio económico o incluso por último en la gravedad de los

daños. Centrar la indemnización en la culpabilidad no solo se encuentra fuera de lugar, sino que resulta absurdo dado que se ha negado que se trate de un supuesto de responsabilidad civil, y este tipo de disposiciones se parecen más a un supuesto de daños punitivos que a la compensación del desequilibrio económico.

Por ello, consideremos que esta división entre un juicio de fundabilidad y juicio de procedibilidad, aunque interesante termina por ser ineficiente. En este caso la separación debería ser entre un juicio de desequilibrio económico y un juicio indemnizatorio de daños.

Este juicio indemnizatorio, deberá evaluarse según las reglas de la reparación civil matizadas con los principios del derecho de familia, y por tanto relativamente flexibilizadas. Bajo esta premisa, dado el contexto de un divorcio, los daños que se producen son de un carácter eminentemente extra patrimonial, pues se asume que el daño principal es el afligimiento por producido por el divorcio.

Y esto presenta una serie de problemas. Se plantea por ejemplo que los daños simplemente son irresarcibles. Los daños a los derechos de la personalidad no son valorables en dinero y su cuantificación es imposible. Es necesario recordar que resarcir implica retirar el daño y el monto resarcitorio implica una prestación equivalente a ese daño a fin de suprimirlo. “Toda vez que al no ser el daño moral uno de carácter resarcitorio, la fijación de su cuantía no obedece a una operación matemática (...)” (Linares Avilez, 2012, pág. 77).

No obstante, la cuantificación del daño no puede depender solamente del arbitrio del juez. Sobre las posibles formas de aminorar esta incertidumbre, el pleno ha descartado la adopción de un sistema de baremos: “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”.

El sistema de baremos resulta inaplicable para daños extra patrimoniales. En el derecho comparado, generalmente solo se aplican para la cuantificación de daños corporales, en el contexto de accidentes. Lo más cercano a un sistema de baremización de daños personales, es el referido a daños corporales. Sin embargo, el sistema de baremos resulta ajeno a la valorización de daños extra patrimoniales como el daño moral. No obstante, es necesario contar con criterios mínimos para valorarlo. A decir de Linares (2012):

la valorización en la indemnización de daño moral debería dar respuesta a dos necesidades básicas del sistema jurídico: (i) una de tipo individual, a favor de la víctima; y (ii) una de interés colectivo, que consiste en la predictibilidad de los fallos a través de la homogeneidad de criterios judiciales, que evite la arbitrariedad en la fijación del quantum indemnizatorio como viene ocurriendo hasta el momento (pág. 82).

Sin embargo, tenemos que admitir que la valorización del daño moral es muy difícil de valorar. Y la predeterminación de criterios preestablecidos lo es aún más. Bajo estas dificultades podemos encontrar el argumento de sostener la justicia en la equidad. Al respecto, en el décimo cuarto fundamento Casación 2890-2013, Ica.

“3. El daño moral sufrido por el demandante que hace referencia al sufrimiento y aflicción generada. En esa óptica, si bien la falta de precisión en su probanza y que se quiera reparar económicamente el daño no patrimonial, ha llevado a algunos a sostener que en realidad tal daño no debe existir, no es menos verdad que la existencia de daño moral ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, el que teniendo en cuenta su dificultad probatoria ha prescrito en el artículo 1332 del Código Civil que: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, norma que si bien está

mencionada en el capítulo de inexecución de obligaciones corresponde también usarla en la responsabilidad extracontractual por la unicidad propia de la responsabilidad que pone su atención en la reparación del daño.” (Casación N° 2890-2013-Ica, Indemnización por daños y perjuicios. Responsabilidad Objetiva Extracontractual, 2015)

4. Ese análisis “equitativo” constituye método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad y que debe ser utilizado y aplicado por el operador jurídico en casos como los aquí expuestos. Ello significa de ninguna forma que necesariamente deba otorgarse la indemnización, pero sí que la norma debe ser tomada en cuenta y, en su caso, explicar las razones para su rechazo. (f. 3-4)

Si bien es cierto, el criterio de la equidad puede resultar útil; en realidad se trata de un concepto demasiado abstracto, el cual no permite generar seguridad jurídica ni criterios de igualdad.

CAPITULO IV

MARCO OPERATIVO

“LA MOTIVACIÓN EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LOS PROCESOS POR DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, PERIODO (2015 – 2018)”

4.1. CUESTIONES PREVIAS DE LA METODOLOGIA APLICADA

Para lograr los objetivos que nos planteamos en la presente investigación, decidimos recurrir directamente a los pronunciamientos del Primer, Segundo, Tercero y Cuarto Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, esencialmente porque de acuerdo con su especialidad tramitan este tipo de pretensiones.;

Por ello recurrimos, con previo trámite de autorización, a los “Copiadores de Resoluciones” de cada uno de los Juzgados; estas sentencias fueron emitidas desde el año 2015 (enero) a septiembre del 2018.

Una vez recolectadas las Sentencias materia de investigación, empleamos la metodología de los “Case Brief” con cada una para analizar lo que nos resultaría útil, en este caso, qué emitan un

pronunciamiento de fondo y se resuelva sobre una pretensión relativa al divorcio remedio por separación de hecho.

Finalmente, hemos sistematizado la información en “Gráficos de Pasteles” para que se puedan evidenciar en sencillo, las cifras y estadísticas que pretendemos demostrar. De todo ello, consideramos que ha sido una metodología adecuada para trabajar el tema de investigación que decidimos realizar.

4.2. ¿POR QUÉ BUSCAR EL CONTENIDO DE “LA MOTIVACIÓN EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN” EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA?

La determinación del quantum indemnizatorio tiene un carácter eminentemente casuístico. Ante la ausencia de criterios legales o jurisprudenciales o deficiencia de los mismos, los montos pueden ser determinados de distintas formas y se pueden obtener resultados igualmente disímiles.

La gravedad del problema de la ausencia de criterios, se puede medir precisamente en los casos particulares. Este problema podrá ser considerado más grave en la medida de que los casos individuales sean resueltos de formas diferentes o incluso contradictorias. En ese sentido, el análisis de sentencias nos parece la vía adecuada para comprobar la tesis propuesta.

Es a través del número de casos en los que se haya identificado a un cónyuge culpable que se puede establecer la habitualidad del uso de esta figura. A partir de este punto, se podría cuestionar si se ha identificado correctamente al cónyuge perjudicado o si simplemente en determinado caso no

había un cónyuge más perjudicado. Por otra parte, nos permite identificar en qué medida se utilizan los criterios adoptados en el III Pleno Casatorio. También si estos se aplican de forma correcta.

Así mismo, los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa constituyen un escenario adecuado para evaluar como estos criterios [o la falta de estos] inciden en la forma en la que se determina el valor indemnizatorio.



4.3. ANÁLISIS DE CASOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE AREQUIPA

A continuación, se proponen los siguientes casos aleatorios dentro del marco operativo que hemos realizado, en observación de las resoluciones judiciales sobre la materia, mismos que pretendemos analizar para sostener nuestra posición, resaltamos que, si bien no son casos numerosos, es valioso su contenido para poder precisar el objetivo propuesto en la investigación y ver la validación que tenga nuestra hipótesis.

CASO I: EXPEDIENTE Nro. 5150-2013-0-0401-JR-FC-02

I. Datos del expediente:

Demandante: Margarita Milagros Alvarado Gómez
Demandado: Walter Rodolfo Ramírez Arenas
Sentencia: Fundada
Pretensión indemnizatoria: Por parte del demandado (mediante reconvencción)
Pronunciamiento sobre indemnización: Infundado
Monto indemnizatorio: Ninguno

II. Resumen de los fundamentos:

i. Argumento de la demandante. -

La demandante renuncia a su derecho a solicitar la indemnización, pues señala que sólo

busca tranquilidad. No obstante, señala una serie de hechos, de los que se colige que el demandado ejerció distintos actos de violencia en su contra.

ii. Argumento del demandado. -

Señala principalmente que la demandada habría abandonado el hogar, que él se ha encargado de los cuidados de los hijos y que ella no estaría cumpliendo con el deber alimentario respecto a los hijos de ambos.

iii. Fundamentos de la sentencia. -

- El juez considera que el abandono del hogar no se pudo producir en mérito de que se había acordado una conciliación. En el acta se acordó que el padre tendría la tenencia y también se acordó un régimen de visitas para que la madre pueda ver a sus hijos.
- Por otra parte, el juez entiende que no puede argumentarse el incumplimiento de las obligaciones alimentarias porque no se ha solicitado en un proceso anterior.
- También se toma en consideración que, de acuerdo con las constancias policiales, el demandado habría impedido el ingreso de la demandante.
- Por lo tanto, el juez concluye que el demandado no ha presentado los medios de prueba necesarios para acreditar su condición de cónyuge perjudicado. Así, desestima su pedido.

iv. Apreciación crítica de la sentencia. -

En este caso analizado, estamos frente a una situación donde las partes no solicitan algún

monto indemnizatorio ni que se les reconozca como cónyuge responsable, mas sí, refieren en sus fácticos de demanda y contestación de esta, situaciones que los llevaría a indicar al juez que el motivo de la separación lo tuvo el otro cónyuge. Ante esta situación el juez sí considera la posibilidad, pese a que no esta en su pretensión, el dar una indemnización al cónyuge perjudicado pero dado que no se ofrecieron medios probatorios que acrediten sus versiones, omite fijar alguno, siendo la línea de interpretación del juzgador que sí correspondería fijar más allá de la intención de las partes en cumplimiento del tercer pleno casatorio, mas por insuficiencia probatoria omite hacerlo.



CASO II: EXPEDIENTE Nro. 01746-2011-0-0401-JR-FC-01

I. Datos del expediente:

Demandante: Wilman Jesús Echegaray Canales
Demandado: Mercedes Norma Vásquez Lazo
Sentencia: Fundada
Pretensión indemnizatoria: Por parte de la demandada (curadora procesal)
Pronunciamiento sobre indemnización: Ninguno
Monto indemnizatorio: Ninguno

II. Resumen de los fundamentos:

i. Argumento del demandante. -

El demandante no hizo referencia a hechos por los que se le deba considerar el cónyuge perjudicado ni realizó un pedido de indemnización.

ii. Argumento de la demandada. -

La curadora procesal de la demandada señala que esta sería la cónyuge perjudicada por cuanto la separación de hecho se produjo porque el demandante contrajo matrimonio con una tercera persona, cuando este se encontraba casado con la demandada.

iii. Fundamentos de la sentencia. -

- El juzgado señala que en principio no podría determinarse al cónyuge perjudicado por falta de medios probatorios que comprueben lo afirmado por la curadora procesal.
- Así mismo, señala que, dado que la demandada obtuvo la tenencia de la hija de ambos, no se ha podido acreditar el daño moral.
- También considera el hecho de que el demandante haya cumplido con las obligaciones alimentarias de forma puntual.
- Por estas razones, el juez determinó que en ese proceso no había algún cónyuge más perjudicado por la separación

iv. Apreciación crítica de la sentencia. -

En el caso sub análisis, la motivación del magistrado se basó nuevamente en la insuficiencia probatoria que acredite el perjuicio de la parte demandada, ya que la demanda no señala algún monto indemnizatorio ni que se le considere como cónyuge perjudicado pese a su accionamiento, más si la curadora procesal es quien lo solicita al juzgado.

En la línea interpretativa que sigue este despacho, también considera abierta la posibilidad de fijar un monto indemnizatorio ante el pedido de una de las partes, mas las limitaciones en la valoración de prueba no le permiten fijar alguna prudencialmente.

CASO III: EXPEDIENTE Nro. 01153-2012-0-0401-JR-FC-04

I. Datos del expediente:

Demandante: Patricia Luz Patiño Gorvenia
Demandado: Efraín Simón Vilca La Torre
Sentencia: Fundada
Pretensión indemnizatoria: Ninguna de las partes
Pronunciamiento sobre indemnización: Ninguno
Monto indemnizatorio: Ninguno

II. Resumen de los fundamentos:

i. Argumento de la demandante. -

La demandante renuncia a su derecho a solicitar la indemnización.

ii. Argumento del demandado

El demandado no se pronuncia sobre este extremo.

iii. Fundamento de la sentencia. -

- El juez decide no pronunciarse al respecto en consideración de que no había un punto controvertido relacionado a la indemnización.

iv. Apreciación crítica de la sentencia. -

La demandante renuncia en este caso expresamente a que se le identifique como cónyuge perjudicado, no solicitando ningún monto a razón de indemnización, por lo que ante la no contraposición del demandado, el juzgador decide sustentar la omisión de fijar el monto, a que no forma parte de los puntos controvertidos del proceso, siendo la interpretación del juzgador de orden meramente procesal.



CASO IV: EXPEDIENTE: 08041-2016-0-0401-JR-FC-02

I. Datos del expediente:

Demandante: Obdulia María Arencio Heredia
Demandado: Juan Manuel Saravia Aramblo
Sentencia: Fundada
Pretensión indemnizatoria: Por parte de la demandante
Monto solicitado: S/50 000.00
Pronunciamiento sobre indemnización: Fundado
Monto indemnizatorio: S/ 5000.00

II. Resumen de los fundamentos:

i. Argumento de la demandante. -

- Establece en su pretensión, una indemnización por la cantidad de 50 mil soles.
- Señaló que tuvo que demandar a su esposo para que cumpla con sus obligaciones alimentarias respecto a sus hijos
- Que anteriormente demandó a su esposo por violencia familiar.

ii. Argumento del demandado. –

- Señala que siempre cumplió con pasar alimentos a sus hijos y, aun así, su esposa lo demandó.
- Por otra parte, señala que no es una persona violenta y que no le ha causado ningún daño ni a la demandante ni a sus hijos.

iii. Fundamentos de la sentencia. -

- En primer lugar, el juez se remite a los criterios establecidos en el III Pleno Casatorio para determinar al cónyuge más perjudicado. Así, consideró que en este caso se debía evaluar el grado de afectación psicológica; la tenencia y custodia de los hijos; si hubo una demanda de alimentos, y si hay una manifiesta situación económica desventajosa.
- Señala que no se ha podido acreditar la afectación psicológica. Además, tiene en cuenta que el proceso por violencia familiar finalmente no prosperó. Así, mismo considera que no hubo una afectación al proyecto de vida, por cuanto el matrimonio no asegura un vínculo perenne y siempre puede existir el riesgo de terminarse.
- Respecto a la tenencia de los hijos, el juez considera que la demandante al hacerse cargo de sus hijos tuvo que dedicar mayor tiempo a su cuidado. Por ende, establece S/ 2500.00 como monto de reparación por este concepto.
- Si bien es cierto, se toma en consideración que la demandante tuvo que solicitar alimentos mediante la vía judicial; también observa que se llegó a una conciliación. Por ello, establece S/ 1500.00 como monto de indemnización.
- El razonamiento del juez sobre el desequilibrio económico entre las partes se sostiene en un razonamiento inferencial. Colige que la demandante no se encuentra en una situación desventajosa porque no ha solicitado alimentos para sí misma.

iv. Apreciación crítica de la sentencia. -

En la sentencia expedida, estamos frente a otro panorama, donde la parte accionante sí solicita un monto indemnizatorio, bastante alto, y la parte demandada hace contestación a la misma tratando de desvirtuarla, mas no solicitando a él sea que se le tenga como cónyuge perjudicado.

Ante ello, el juez examina el acerbo probatorio introducido por la demandante y sustenta su respuesta en inferencias, porque los medios probatorios no son directos ni acreditan por sí mismos afectación patrimonial, fijando así el 10 % de la totalidad del monto solicitado, fijado de manera prudencial.

4.4. NUESTRA POSICIÓN

La técnica legislativa empleada al redactar el artículo 345 – A del Código Civil es por lo menos defectuosa. El enunciado normativo de este artículo corresponde a lo que Savigny llamaba leyes con expresión impropia. En ese sentido, la deficiencia con la que se redactó el artículo no sólo tiene incidencia en la inteligibilidad de la expresión, sino que hace incoherente la norma misma.

En este artículo, el legislador estableció la posibilidad de que se reconociera a un cónyuge más perjudicado en los supuestos de divorcio por separación de hecho. Este reconocimiento tiene en principio un carácter esencialmente económico, por el cual se busca corregir el desbalance patrimonial generado por la clásica división del trabajo entre hombres y mujeres. El fundamento de la compensación reside en la equidad entre las partes de un matrimonio.

Así, esta figura se justifica en la medida de que generalmente uno de los esposos se dedica al cuidado del hogar y otro al trabajo convencional. De esa forma el cónyuge dedicado a las labores del hogar renuncia a un trabajo remunerado y a un progreso académico o profesional. Esto genera

que ante un eventual divorcio uno de los esposos (generalmente la mujer) no cuente con ingresos propios mientras que el otro sí.

Sin embargo, el artículo 345-A desnaturaliza esta figura al señalar que esta indemnización también se deberá determinar considerando los daños producidos por la separación [e incluso daños producidos con anterioridad]. De esa forma, la indemnización se centra en la supuesta producción de un daño o daños, producidos supuestamente cuando uno de los cónyuges provoca la separación de hecho. Lo cual resulta inadmisibles por cuanto la idea de un daño inherente a la separación contradice el carácter de divorcio remedio por causal de separación de hecho. Por otra parte, los daños cometidos durante el matrimonio, no debería incluirse en la figura de la compensación económica, sino deberían tratarse como daños endofamiliares.

El Tercer Pleno Casatorio debía tratar de solucionar en cierta medida las inexactitudes y contradicciones del artículo 345-A, pero sólo estableció algunos criterios para la cuantificación de la indemnización [no muy precisos]. En este caso, los jueces supremos no diferenciaron entre criterios para identificar al cónyuge perjudicado, para cuantificar la desigualdad económica, ni para cuantificar la indemnización por daños. Más bien, mezcló todos estos temas y estableció criterios generales.

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.

En realidad, estos criterios no hacen referencia a como cuantificar ni el daño ni el quantum indemnizatorio. Pero a pesar de su vaguedad, estos son los principales criterios con los que cuentan los jueces para determinar el quantum indemnizatorio en los supuestos de que se reconozca a uno de los cónyuges como el más perjudicado. No obstante, se debería contar con otros criterios para cuantificar la indemnización en los supuestos en los que se haya producido un daño.



1.10. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

4.5.1. Datos Generales:

4.5.1.1. Técnicas e Instrumentos

Técnica de investigación	✓ Observación documental
Instrumentos empleados	✓ Ficha bibliográfica ✓ Ficha documental ✓ Matriz de registro

4.5.1.2. Campo de Verificación:

Ubicación espacial	La Corte Superior del Distrito Judicial de Arequipa.
Ubicación temporal	Sentencias desde enero del 2015 hasta setiembre del 2017.
Unidades de estudio	Las Sentencias emitidas por los Juzgados de Familia
Universo	153 sentencias (4 sentencias sobre proceso de divorcio por causal de separación de hecho).

4.5.1.3. Sustento metodológico en la obtención de la muestra representativa:

Para Arias-Gómez (2016) el investigador debe especificar los criterios que deben cumplir los participantes. Los criterios que especifican las características que la población debe tener se denominan criterios de elegibilidad o criterios de selección. Así, los criterios de exclusión se refieren a las condiciones o características que presentan los participantes y que pueden alterar o modificar los resultados, que en consecuencia los hacen no elegibles para el estudio.

En mérito a lo anterior, es que podemos determinar que para la selección de los casos que se analizaron se realizó la elegibilidad de estos bajo los siguientes criterios de exclusión:

- 1) La materia. – Se recurrió a los juzgados de familia, por la especialidad de las causas de divorcio que se llevan a cabo ante sus despachos, excluyendo los demás órganos jurisdiccionales.

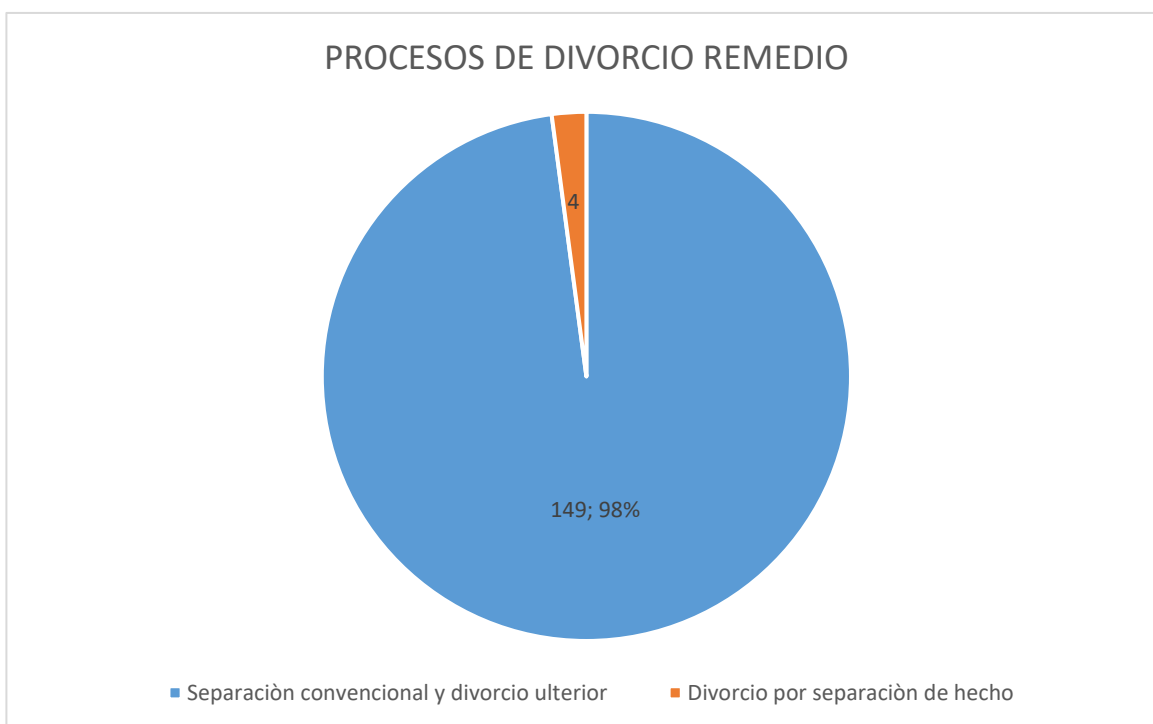
- 2) La naturaleza del divorcio. – Se excluyeron aquellos procesos que no sean divorcio remedio, quedando excluidos los procesos de divorcio sanción por no tener mayor conexión con el tema de análisis.

- 3) La cantidad de sentencias seleccionadas. – Se seleccionaron ciento cincuenta y tres sentencias de divorcio remedio extraídas aleatoriamente de los copiadore de distintos juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, excluyendo la cantidad del total de sentencias que existían, porque no se hacía viable para el investigador que, recayendo la selección en una sola persona, no se hacía factible y posible el examen de la totalidad de los casos, mas aun abordando los años en los que se realizó la selección. Así mismo debemos acotar que los casos seleccionados tienen representación simbólica y es de apoyo en parte para el desarrollo de la investigación propuesta, dado que siendo una investigación de enfoque cualitativo, se ha centrado en la evaluación y examen de la jurisprudencia existente, la normatividad civil y procesal civil, así como del derecho comparado, mas no solamente las cifras cuantitativas que se puedan extraer de las sentencias; siendo que los datos de la evaluación de las sentencias han sido útiles por un tema pragmático y de cotejo para ver la situación en nuestro distrito judicial, por lo que consideramos una cantidad representativa y que fue seleccionada en la mayor capacidad posible que se pudo abordar.

Así, han sido detallados los criterios de exclusión para la selección de la cantidad de sentencias que han sido objeto de evaluación para sustentar metodológicamente su aplicabilidad.

4.5.2. Estadística de los procesos de divorcio remedio

CUADRO NRO 01. “AFLUENCIA DE PROCESOS POR SEPARACIÓN DE HECHO COMO DIVORCIOS REMEDIO”



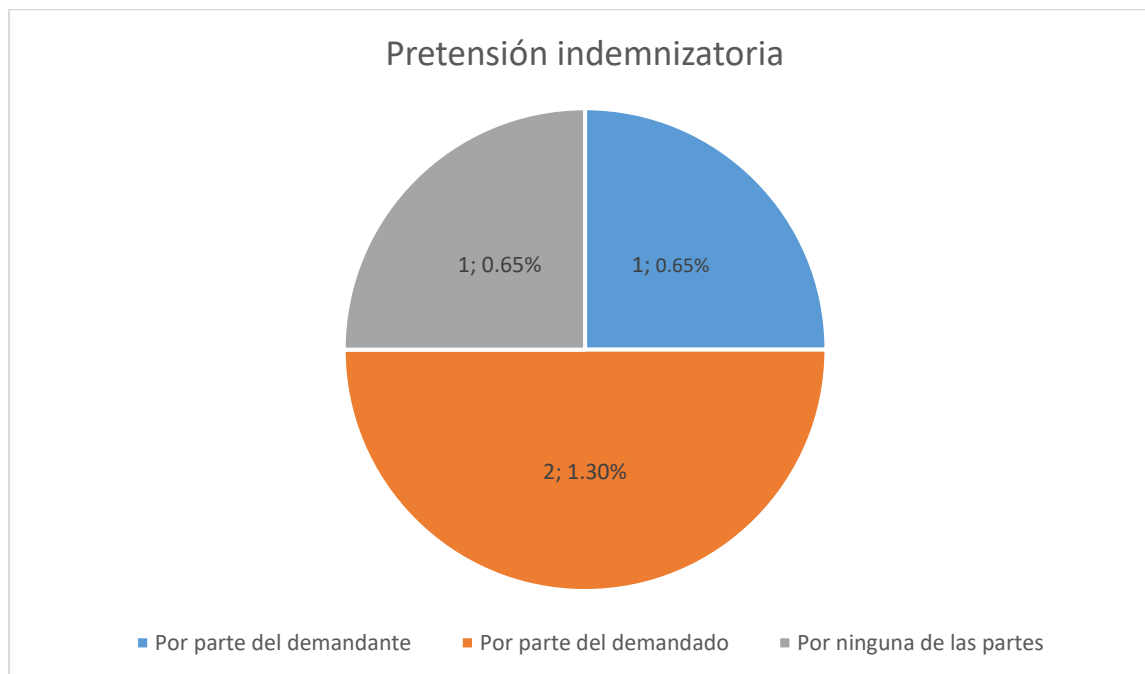
De todas las sentencias emitidas en el marco de un proceso de divorcio remedio solo cuatro se fundamentan en la separación de hecho, representando el 2% de la población de muestra, mientras que la mayoría, un 98%, se fundamenta en un acuerdo entre las partes que se tramita en un proceso de separación convencional.

Aunque el bajo número de sentencias en relación con el divorcio por separación de hecho pueda resultar sorprendente, su porcentaje en comparación con las sentencias de procesos de separación convencional no lo es. Pues, es muy probable que una pareja de esposos que han acordado una separación, tramite su divorcio de forma inmediata para agilizar el procedimiento.

De esa forma, el divorcio por separación de hecho es un proceso visto residual para las partes. Pues, al tratarse de una causal objetiva es más fácil que el juez declare fundada la demanda. Sin embargo, este proceso solo será incoado en los casos en los que la intención del demandante sea solamente obtener un divorcio seguro y más rápido. Sin embargo, en la gran mayoría de casos la separación de hecho está acompañada de otras casuales de divorcio. Por lo que los demandantes de divorcio no alegan la separación de hecho sino las demás causales. Particularmente porque el cónyuge demandante busca que se declare al otro como el culpable.

En mérito de lo mencionado, es que los procesos de divorcio por separación de hecho no son numerosos, pues son subsidiarios de los divorcios por causal y de la separación convencional. En ese sentido, este tipo de procesos solo son iniciados cuando la parte demandante tiene como única finalidad obtener la disolución del matrimonio.

CUADRO NRO 02. “PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN DE HECHO”



En concordancia con lo mencionado sobre el gráfico anterior, y teniendo como base los cuatro casos de divorcio por separación de hecho que representan el 2% de la población, podemos observar que la indemnización no es una finalidad de las personas que incoan un proceso por separación de hecho. Pues solo en una ocasión el demandante solicito ser declarado el cónyuge perjudicado y por tanto recibir una indemnización.

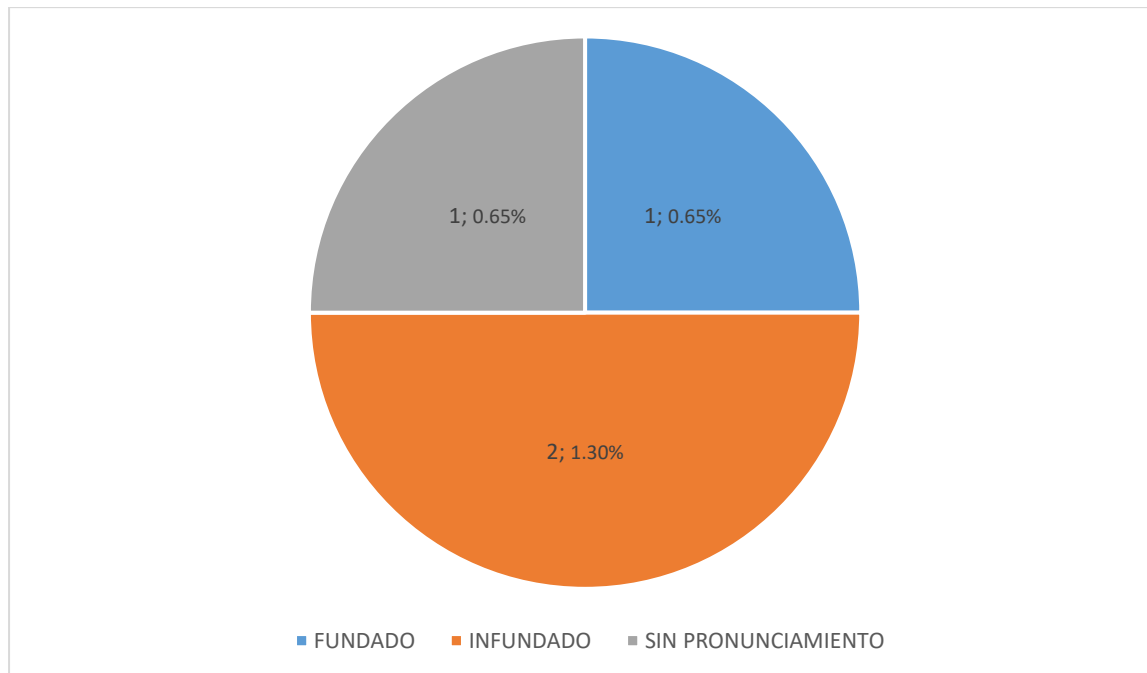
En otros dos casos, son los demandados quienes solicitan la indemnización en su respectiva contestación de demanda. Pero en estos casos más que ser declarados cónyuges perjudicados se alega que los respectivos demandantes habrían incurrido en una causal diferente de divorcio tal como abandono del hogar o adulterio.

En ese sentido, es evidente que este proceso no es usado para solicitar una indemnización, pues no es una finalidad de los demandantes. De hecho, en algunos casos los demandantes renunciaban

expresamente a su pretensión indemnizatoria; manifestando directamente que su única finalidad era la obtención de la disolución del vínculo matrimonial.



CUADRO NRO 03. “PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN”



En este caso, podemos observar que, así como los demandantes no suelen solicitar la indemnización, los jueces son reacios a declarar a uno de los cónyuges como el más perjudicado. Pues solo en uno de los casos se declaró la indemnización en favor de la demandante.

En los otros casos en los que se solicitó la indemnización (por parte de los demandados) la justificación de los jueces para denegar la solicitud estribaba en la falta de medios probatorios que acreditaran la producción de algún daño. Mientras que en el caso en el que ninguna de las partes solicitó la indemnización, el juez simplemente omitió pronunciarse sobre el posible cónyuge más perjudicado.

En el caso del único proceso en el que se ordenó la indemnización, el juez motivo la sentencia de acuerdo con los criterios señalados en el Tercer Pleno Casatorio. No obstante, sobre la justificación del quantum indemnizatorio solo pudo hacer referencia a su prudencia. Por lo que también se puede evidenciar una falta de criterios para cuantificar la indemnización.

CONCLUSIONES

Al terminar de desarrollar la presente investigación, cotejando el desarrollo teórico jurisprudencial con la casuística judicial en consideración a los objetivos propuestos en el Plan de Tesis y la Hipótesis planteada, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. - De la investigación doctrinal y jurisprudencial podemos concluir que, dentro de las sentencias encontradas referidas a la separación de hecho como causal no existe una motivación debida de parte de los juzgados que han emitido estas resoluciones judiciales, esto en sentido de la indemnización que se da al conyugue perjudicado, omitiendo los criterios establecidos, ello contraviene la seguridad jurídica. Además, se revela que este tipo de divorcio tiene un nivel bajo de judicialización, dado que de una búsqueda aleatoria de 153 casos se ha encontrado 04 casos que corresponde a la separación de hecho de los cónyuges, por ello se concluye que por razones de celeridad y economía se recurre a otra vía.

SEGUNDA. – De los casos revisados se evidencia en estas causas, que al momento de establecer el monto indemnizatorio derivado de la ruptura del vínculo matrimonial por separación de hecho de los cónyuges en los juzgados especializados de familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa no hay criterios uniformes establecidos, los que parten de la ausencia en la jurisprudencia nacional de los mismos, habiendo criterios generales más no incidentales para fijar el monto. Considero que debe existir un criterio basado en medios probatorios que acrediten la existencia de un conyugue perjudicado, así también criterios que ayuden a determinar el quantum.

TERCERA. – En las referidas causas analizadas se evidencia una motivación aparente surgida en la aplicación del criterio denominado “prudencia judicial” en la cuantificación del monto indemnizatorio en favor del cónyuge más perjudicado, que incluso en circunstancia se opta por no

emitir pronunciamiento al respecto, contraviniendo a la obligación que el Tercer Pleno Casatorio ha fijado para el juez.

CUARTA. – De la jurisprudencia nacional y desarrollo teórico revisado, podemos afirmar que no existen criterios que nos permitan establecer de manera objetiva la cuantificación de la indemnización de los daños derivados por la ruptura del vínculo matrimonial a causa de la separación de hecho, a efecto de que sean predictibles las decisiones judiciales sobre estas causas. Siendo que no se han encontrado precedentes judiciales respecto a esta causal de divorcio por lo que esto podría ocasionar sentencias discordantes frente a situaciones similares.

QUINTA. – A nuestra propuesta de la hipótesis, de incorporar en nuestro ordenamiento legal vigente, baremos para una aproximación objetiva de cuantificación de los daños endofamiliares originados por el divorcio por la separación de hecho, afirmamos que al terminar esta investigación no podemos hacer afirmaciones objetivas, en tanto hemos obtenido una cantidad de causas muy reducida para poder analizar la propuesta con acertada validación práctica; pero sí resaltamos que, correspondería realizar investigaciones de las causas de por qué se estaría recurriendo a otras vías extrajudiciales ante estos conflictos y si es que la no uniformidad jurisprudencial que hemos hecho notar, sería un factor de desánimo de la población de judicializar estas causas.

RECOMENDACIONES

Habiendo expuesto las conclusiones de la presente investigación, podemos expresar como recomendaciones y aportes alcanzados los siguientes:

PRIMERO. – Se recomienda, a fin de unificar criterios, que los magistrados de las Cortes de Justicia realicen Plenos, sea Regionales o Distritales para abordar la problemática de los montos indemnizatorios en procesos de divorcio de esta naturaleza, a fin de que al momento de establecer alguno, observen los mismos criterios a considerar y la respuesta a los justiciables no sea de escala tan diferenciada, esta unificación aportaría a fines institucionales de proyección a la sociedad.

SEGUNDO. – Tras la revisión aleatoria de los casos judicializados en divorcios de separación de hecho, afirmamos como aporte, que son poco recurrentes los casos que se llevan al órgano jurisdiccional, siendo posible que la ciudadanía tenga mayor predisposición a llevarlo a cabo mediante un procedimiento por separación convencional y divorcio ulterior en sede notarial o municipal, donde no se exige pago indemnizatorio al ser un divorcio clasificado en la doctrina, como remedio.

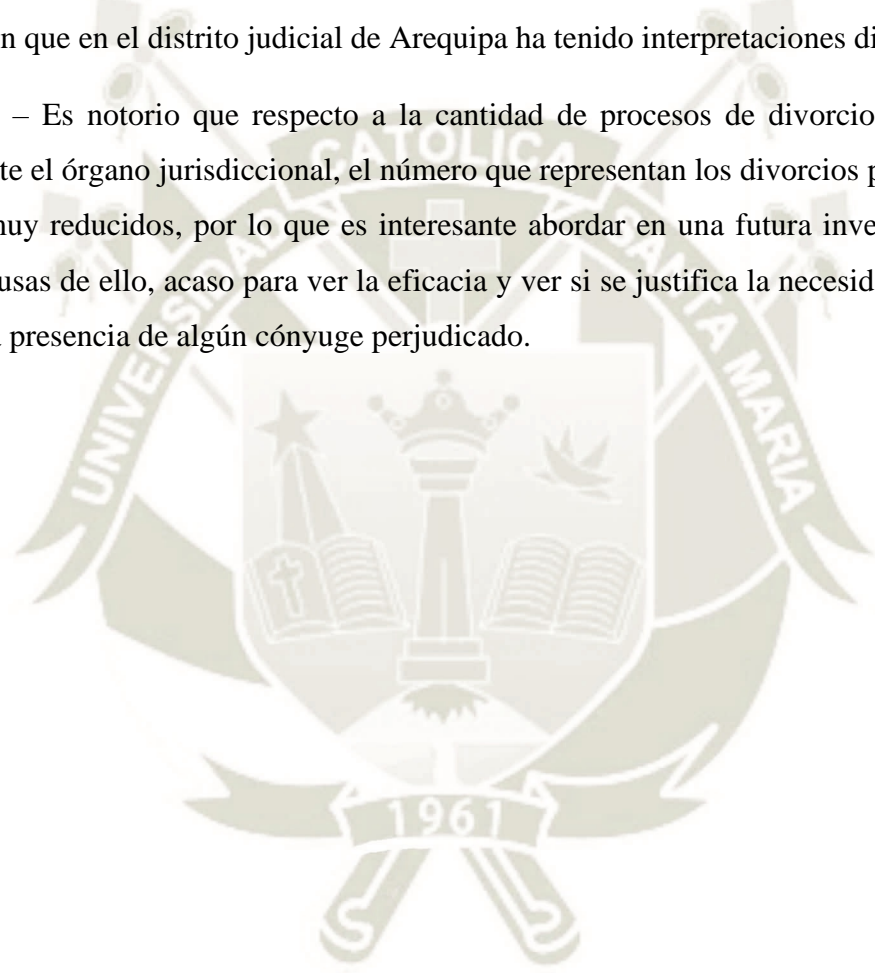
TERCERO. – Recomendamos que la Corte Suprema de la República, dé mediante su jurisprudencia, mayores alcances de la tratativa del divorcio por separación de hecho que al ser un divorcio remedio se reexamine si las potestades de que el juez de oficio sindique al cónyuge responsable son viable ante un divorcio de esta naturaleza, o dé mayores alcances de cómo proceder en los casos donde haya renuncia expresa o no pronunciamiento de los justiciables en sus respectivas sus pretensiones.

APORTES

Como aportes al culminar el desarrollo del presentar trabajo de investigación podemos expresar los siguientes:

PRIMERO. – Es necesario que se dé un mayor desarrollo jurisprudencial dirigido a los criterios que debe considerar el juez para la fijación del cónyuge más perjudicado para reducir el ámbito de interpretación que en el distrito judicial de Arequipa ha tenido interpretaciones disímiles.

SEGUNDO. – Es notorio que respecto a la cantidad de procesos de divorcio remedio que se presentan ante el órgano jurisdiccional, el número que representan los divorcios por separación de hecho son muy reducidos, por lo que es interesante abordar en una futura investigación, cuáles serían las causas de ello, acaso para ver la eficacia y ver si se justifica la necesidad de que el juez establezca la presencia de algún cónyuge perjudicado.



REFERENCIAS

- Aldunate Lizana E. La independencia judicial: aproximación teórica, consagración constitucional y crítica. RDPUCV. 1995; N° 16: pp.11-26.
- Alexy, R. Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008.
- Alvites E. La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. Derecho PUCP. 2018; N°80: pp.361-390.
- Arias-Gómez J, Villasís-Keever M^Á, Miranda-Novales MG. (2016) El protocolo de investigación III: la población de estudio. Rev Alerg Méx. 2016;63(2):201-206.
- Basterra M. El problema de las lagunas en el derecho. Derecho & Sociedad. 2000; N°15: pp.280-291.
- Bernales Ballesteros E, Eguiguren F, Fernández-Maldonado G, García Belaunde G, Garcia-Sayan D; Landa C et al. La constitución diez años después. 1^a ed. Lima: Constitución & Sociedad; 1989.
- Bernales Ballesteros E. La Constitución de 1993: Análisis Comparado. Quinta Edición. Lima: RAO EDITORA; 1999.
- Cabello Matamala, C. Divorcio ¿remedio en el Perú? Derecho PUCP, Edición 54, pp. 401-418. 2001, Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6528>
- Calamandrei, P. Proceso y democracia. Traducción de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ejea. 1960.
- Casación 1120-2002-Puno, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Poder Judicial, 31 de marzo de 2003.
- Casación 2668-2017-Lima Este. Divorcio por causal de separación de hecho, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial, fecha 19 de septiembre de 2017 <https://vlex.com.pe/vid/696082453>
- Casación N° 1120-2002-Puno, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de marzo de 2003.

Casación N° 157- 2004, Lima, Sala Civil Permanente de la Corte de Justicia de fecha 2 de junio del 2005.

Casación N° 1758-2005, Lambayeque de la sala civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia la República de fecha 11 octubre del 2006.

Casación N° 2178-2005-Lima, de fecha 10 de mayo de 2006.

Casación N° 220-2004 Lima de la sala civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 1 de junio del 2006.

Casación N° 2548-2003 Lima de la sala civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de noviembre del 2003.

Casación N° 2890-2013-Ica, Indemnización por daños y perjuicios. Responsabilidad Objetiva Extracontractual, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial, 1 de junio de 2015 [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Casaci%C3%B3n-2890-2013-Ica-Legis.pe .pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Casaci%C3%B3n-2890-2013-Ica-Legis.pe.pdf)

Casación N° 308-2003-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de marzo de 2004.

Castañeda Portocarrero F. Aproximación al régimen de la independencia judicial en el Perú. Foro Jurídico. 2007: N° 7: pp.53-61.

Castillo Alva JL. Las Funciones Constitucionales del Deber de Motivar las Decisiones Judiciales. [Internet]. Université de Fribourg; 2014. [citado 7 febrero 2020]. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf

Castillo Cordova L. El recurso como elemento del contenido del derecho a la pluralidad de instancia. En particular sobre el recurso de agravio constitucional. [Internet]. Repositorio Institucional PIRHUA: 2011. [Citado 10 Marzo de 2020]. Disponible en: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2131/Recursos como elemento esencial der echo pluralidad instancia particular sobre recurso agravio constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2131/Recursos%20como%20elemento%20esencial%20der%20echo%20pluralidad%20instancia%20particular%20sobre%20recurso%20agravio%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Castillo Cordova, L; Guerra Cerron M; Roel Alva L; Garcia Chavarri A; Nakasaki Servigon C; Benavente Chorres H et al. El debido proceso, estudio sobre derechos y garantías procesales. 1ªEd. Lima: Gaceta Jurídica; 2010.
- Castillo, J. L. Proscripción de la arbitrariedad y motivación. Lima: Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L. 2013
- Grandez Castro, P.. El derecho a la motivación de las sentencias y el control constitucional de la actividad judicial. Lima: Gaceta Jurídica, S.A. 2010.
- Cavani R. ¿Qué es una resolución judicial? Un breve estudio analítico para el derecho procesal civil peruano. IUS ET VERITAS. 2017; N° 55: pp.112-127.
- Chaires Zaragoza J. La independencia del poder judicial. BMDC, nueva serie. 2004; Año XXXVII, N° 110: pp.523-545.
- Chiabra Valera MC. El debido proceso legal y la tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias. Foro Jurídico. 2010; N°11: pp.67-74.
- Chocron Giráldez AM. La exclusividad y la unidad jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2005; nueva serie, año XXXVIII, num.113: 651-687.
- Código Civil Francés. (1804, 21 de marzo). Parlamento de París.
- Código Civil. Decreto Legislativo N° 295. (1984, 24 de julio). Congreso de la República Peruano. Diario Oficial El Peruano de 25 de julio de 1984.
- Código Procesal Civil. Decreto Legislativo N° 768. (1992, 04 de marzo). Ministerio de Justicia. Diario Oficial el Peruano del 04 de marzo de 1992.
- Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237. (2004, 28 de mayo). Congreso de la República Peruano. Diario Oficial el Peruano del 31 de mayo de 2004.
- Colomer Hernández, I. La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2003.
- Constitución Política de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Congreso Constituyente de Ecuador. Registro Oficial 449.

- Constitución Política del Perú. (1993, 29 de diciembre). Congreso Constituyente Peruano. Diario Oficial El Peruano de fecha 30 de diciembre de 1993.
- Coronado Gamarra L. “Cómo divorciarse sin incrementar los problemas familiares” Sinco Diseño EIRL, Cusco, Primera edición. 2019. pp. 64-86-
- Caso Tribunal Constitucional vs Perú, Serie C n° 71. (Corte IDH, 2001). Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf
- Corral Talciani H. Adaptación de la responsabilidad civil en los procesos de familia. La experiencia chilena de la " Compensación Económica" en caso de nulidad matrimonial y divorcio. Ars Boni et Aequi. 2017; (4): 81-89.
- Couture, E. J. Vocabulario Jurídico, 3era edición, ampliada y actualizada por Ángel Landoni Sosa. Buenos Aires: B de F. 2014 .
- Cubas Villanueva V. Principios del proceso penal en el nuevo código procesal penal. Derecho & Sociedad. 2005; N°25: pp.157-162.
- Damaska, M. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2000.
- ESPASA. Diccionario Juridico. Madrid: Espasa Calpe. 2008.
- Exp. 000728-2008-PH/TC. Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares, Pleno del Tribunal Constitucional, 13 de octubre de 2008. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>
- Exp. 00649-2013-PA/TC. María Maricela Morales Ubillús, Pleno del Tribunal Constitucional, 8 de mayo de 2013. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00649-2013-AA%20Resolucion.html>
- Exp. 01439-2013-PA/TC. Acuario de Buenos Aires SRL, Pleno del Tribunal Constitucional, 22 de mayo de 2013. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01439-2013-AA.html>
- Exp. 01747-2013-PA/TC. María Antonieta Escobar Velasquez, Pleno del Tribunal Constitucional, 1 de julio de 2016) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01747-2013-AA.pdf>

- Exp. 03433-2013-Lima. Servicios Postales del Perú SA-Serpost SA, Pleno del Tribunal Constitucional, 18 de marzo de 2014. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03433-2013-AA.html>
- Exp. 05601-2006-PA/TC. Fidel Gregorio Quevedo Cajo, Pleno del Tribunal Constitucional, 16 de julio de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05601-2006-AA.html#:~:text=En%20todo%20Estado%20Estado%20constitucional,a%20la%20tutela%20procesal%20efectiva.>
- Exp. 07025-2013-AA/TC. Caso Jorge Napiama Reátegui, Pleno del Tribunal Constitucional, 9 de septiembre de 2015. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/07025-2013-AA.pdf>
- Exp. 0896-2009-PHC/TC, A.B.T., Sala Primera del Tribunal Constitucional, 24 de mayo de 2010 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00896-2009-HC.html>
- Exp. 1291-2000-AA/TC. Asociación Real Club de Lima, Pleno del Tribunal Constitucional, 6 de diciembre de 2001. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01291-2000-AA.html>
- Exp. 7289-2005-AA/TC. Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú, Sala Primera del Tribunal Constitucional, 3 de mayo de 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.pdf>
- Exp. 9727-2005-HC/TC. Ridberth Marcelino Ramírez Miranda y Otro, Sala Segunda del Tribunal Constitucional, 6 de octubre de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09727-2005-HC.pdf>
- Ferrer Riba J. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. InDret. 2001; (4): 1-21.
- Figuroa Gutarra, E. Jueces y Argumentación. Revista Oficial del Poder Judicial, 2012.
- Galindo Garfias I. Interpretación e Integración de la ley. 1ª ed. México: Universidad Autónoma de México; 2006.
- Gozaini, O. A.. El Debido Proceso en Derecho Procesal Constitucional.. Bueno Aires: Editorial Rubinzal – Culzoni. 2004.

- Guardia L. Ficción y Realidad del Principio de Publicidad del Juicio (La imaginación al Derrumbe de la Verdad). Lecciones y Ensayos. 2007; N° 83: pp. 99-132.
- Hakansson Nieto C, Delgado Guembes C, Montoya Chávez V, León Vásquez J; Bernal Ballesteros E, Santiestevan de Noriega J, et al. La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo Tomo II. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; 2005.
- Iberico Castañeda F. Estudio Introductorio de la Impugnación y el recurso de casación en el nuevo código procesal penal. Revista Institucional AMAG. 2010; N°9: pp.183-204.
- Igartua Salaverria, J. La Motivación de las Sentencias, imperativo constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2003.
- Jordan Manrique H. Los límites al derecho de impugnación y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de la tutela jurisdiccional. Foro Jurídico. 2005.; Año 2, N°4: pp.70-90.
- Landa Arroyo C. El derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Academia de la Magistratura; 2012.
- Landa C. Derecho fundamental al debido proceso y la tutela jurisdiccional. Pensamiento Constitucional. 2002; Año VIII, N°8: pp.445-461.
- Landa C. La constitucionalización del derecho peruano. Derecho PUCP. 2013; N° 71: pp.13-36
- Leguina Villa J. Principios Generales del Derecho y Constitución. Revista de Administración Pública. 1987; N° 114: 7-37.
- Lepin Molina C. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista chilena de derecho privado. 2014; (23): 9-55.
- Ley 19.947. (2004, 07 de mayo) Congreso Nacional de Chile. Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2004. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2004_ley19947_chl.pdf
- Ley orgánica del Poder Judicial. Decreto Supremo N° 017-93-JUS. (1993, 02 de junio) Presidente de la República y Ministerio de Justicia. Diario Oficial el Peruano del 02 de junio de 1993

- Linares Avilez D. Buscándole cinco patas al gato. El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. *Derecho & Sociedad*. 2012; (38): 76-87.
- Lovaton Palacios D. Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad jurisdiccionales. *Pensamiento Constitucional* 1999; Año VI, N°6: pp.595-607.
- Meza Fonseca E. Argumentación e interpretación jurídica. *Revista del Instituto de Judicatura Federal*. 2006; N° 22: pp.91-113.
- Monroy Galvez J. Introducción al Proceso Civil, Tomo I. [Internet]. Lima: Temis. [citado 13 Marzo de 2020]. Disponible en: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/material2014.pdf>
- Montoya Anguerry C. El poder judicial y la constitución de 1979. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. 1981; N°35: pp.143-150.
- Morales Hervias, R. (2011). Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio. *Dialogo con la jurisprudencia*. 2011; (153): 47-56.
- Portocarrero Quise, J. Curso Taller “Evaluación de la calidad en las decisiones” Lima: Material para la Academia de la Magistratura. 2016.
- Portocarrero Quispe, J. Sobre la razonabilidad y la racionalidad en la motivación de las resoluciones judiciales. Lima: Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional, 2016.
- Rubio Correa M. El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. 10ª ed. Lima: Fondo Editorial PUCP; 2009.
- Rubio Correa M. El Título Preliminar del Código Civil. 10ª ed. Lima: Fondo Editorial PUCP; 2008.
- Rubio Correa M. Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo V. Lima: PUCP Fondo Editorial; 1999.
- Seijas Rengifi T. D. La indemnización en el proceso del divorcio por causal de separación de hecho, conforme al tercer pleno casatorio civil de la corte suprema no tiene carácter de responsabilidad

civil contractual o extracontractual sino de" equidad y solidaridad familiar. *Docentia et Investigatio*. 2012; 14(2): 51-73.

Sentencia 303/2015, Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de España, 20 de mayo de 2015

Siles Vallejo A. Publicidad, visibilidad, control democrático. *Foro Jurídico*. 2003: N°2: pp. 171-177.

Tamayo Carmona J. El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen. *RBD*. 2013; N°15: pp.234-251.

Tanzi S, Papillú J. Daños y perjuicios derivados del divorcio:(doctrina y jurisprudencia en Argentina.). *Revista chilena de derecho privado*. (2011). (16), 135-161.

Tercer pleno casatorio civil, Casación N°4664-2010- Puno, Pleno casatorio Civil, de fecha 18 de marzo del 2011.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4d1c4700407243988574c599ab657107/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4d1c4700407243988574c599ab657107>