

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSTGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y
PROCESAL CIVIL**



**INTEGRACIÓN DE SENTENCIAS EN CASOS DE DIVORCIO POR
CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO Y LA VULNERACIÓN DE LOS
DERECHOS DE DEFENSA Y PLURALIDAD DE INSTANCIAS**

**Tesis presentada por la bachiller:
Katherine Iraida Álvarez Serrano**

**Para optar al Grado Académico de Maestro
en Derecho Mención Derecho Civil y
Procesal Civil.**

Asesor: Dr. Máximo Córdova Huamaní

CUSCO – 2019

DEDICATORIA

A mi amiga y hermana Dra. Flor de María Bejar Apaza, quien representó un gran apoyo emocional durante el tiempo en que redacté esta tesis, depositando su esperanza en mí aun cuando mi fortaleza flaqueaba.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por bendecir mi vida y a mis hijas por ser el principal motor que impulsa mis deseos de superación.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
LISTA DE TABLAS.....	vii
LISTA DE CUADROS.....	viii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I 3	
PLANTEAMIENTO EL PROBLEMA.....	3
1.1. Situación problemática.....	3
1.2. Formulación del problema	5
1.3. Justificación de la investigación	5
1.4. Objetivos de la investigación	7
CAPÍTULO II 9	
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	9
2.1. Bases teóricas	9
2.1.1. Divorcio por causal de separación de hecho: a propósito del Tercer Pleno Casatorio Civil.....	9
2.1.1.1. Divorcio sanción y divorcio remedio.	9
2.1.1.2. Separación de hecho y divorcio remedio.	15
2.1.1.3. Efectos del divorcio por causal de separación de hecho.	20
2.1.1.4. Principios de preclusión y dispositivo.	27
2.1.2. Derecho de defensa y pluralidad de instancia.....	34
2.1.2.1. Derecho de defensa.	34
2.1.2.2. Pluralidad de instancias.....	37
2.2. Marco conceptual	49
2.3. Antecedentes empíricos de la investigación.....	49
CAPÍTULO III 61	
HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS.....	61
3.1. Hipótesis	61
3.2. Categorías de estudio.....	62
Tabla 1: Categorías y subcategorías.....	62

CAPÍTULO IV	63
METODOLOGÍA	63
4.1. Tipo y nivel de investigación	63
4.2. Unidades de análisis.....	63
4.3. Técnicas y herramientas de recolección de información	63
Tabla 2: Técnica y herramienta de recolección de información.....	64
4.4. Sistematización y análisis de la información.....	64
CAPÍTULO V	65
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	65
5.1. Presentación de resultados	65
Cuadro 01: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4619-2016/Moquegua materia de casación	66
Cuadro 02: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3624-2016/Ayacucho materia de casación	67
Cuadro 03: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 1938-2014/Lima Norte materia de casación	69
Cuadro 04: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 242-2016/Lima materia de casación.....	71
Cuadro 05: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3882-2015/Cusco materia de casación ...	72
Cuadro 06: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2387-2016/Huánuco materia de casación	73
Cuadro 07: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3898-2015/Huánuco materia de casación	74
Cuadro 08: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4204-2015/Arequipa materia de casación	76
Cuadro 09: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2433-2015/Lima Norte materia de casación	77
Cuadro 10: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4122-2014/Tumbes materia de casación	78

Cuadro 11: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2608-2015/Tumbes materia de casación.	79
Cuadro 12: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 1570-2015/Lima Sur materia de casación	80
Cuadro 13: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2867-2016/Lima Sur materia de casación	81
Cuadro 14: Pronunciamientos de primera y segunda instancia materia de casación contenidos en la ejecutoria suprema 3945-2015/Cusco	82
Cuadro 15: Pronunciamientos de primera y segunda instancia respecto a la indemnización contenidos en la ejecutoria suprema 2420-2017/Ica	83
5.2. Discusión de resultados	95
CONCLUSIONES	98
RECOMENDACIONES	100
BIBLIOGRAFÍA	102
ANEXO I	110
MATRIZ DE CONSISTENCIA	110
ANEXO II	112
Ficha de análisis	112

LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Categorías y subcategorías	62
Tabla 2: Técnica y herramienta de recolección de información	64

LISTA DE CUADROS

<u>Cuadro 01:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4619-2016/Moquegua materia de casación</u>	66
<u>Cuadro 02:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3624-2016/Ayacucho materia de casación</u>	67
<u>Cuadro 03:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 1938-2014/Lima Norte materia de casación</u>	69
<u>Cuadro 04:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 242-2016/Lima materia de casación</u>	71
<u>Cuadro 05:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3882-2015/Cusco materia de casación</u>	72
<u>Cuadro 06:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2387-2016/Huánuco materia de casación</u>	73
<u>Cuadro 07:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3898-2015/Huánuco materia de casación</u>	74
<u>Cuadro 08:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4204-2015/Arequipa materia de casación</u>	76
<u>Cuadro 09:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2433-2015/Lima Norte materia de casación</u>	77
<u>Cuadro 10:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4122-2014/Tumbes materia de casación</u>	78

<u>Cuadro 11:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2608-2015/Tumbes materia de casación</u>	79
<u>Cuadro 12:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 1570-2015/Lima Sur materia de casación</u>	80
<u>Cuadro 13:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2867-2016/Lima Sur materia de casación</u>	81
<u>Cuadro 14:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia materia de casación contenidos en la ejecutoria suprema 3945-2015/Cusco</u>	82
<u>Cuadro 15:</u>	<u>Pronunciamientos de primera y segunda instancia respecto a la indemnización contenidos en la ejecutoria suprema 2420-2017/Ica</u>	83

RESUMEN

Según el artículo 345-A del Código Civil el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho, en tal sentido está en la obligación de fijar una indemnización por el daño ocasionado, u ordenar según corresponda la adjudicación preferente de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal. Dichas normas han sido tomadas en cuenta en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en el que se establece de manera vinculante el deber de los jueces de pronunciarse al respecto, habilitando al mismo tiempo a las Salas Superiores vía consulta o apelación integren las sentencias frente a una omisión en primera instancia. En este sentido, el objetivo de la investigación se centró en determinar qué genera un primer pronunciamiento por parte del Juez *Ad quem*. Concluyéndose que sin duda se produce la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias, pues no es factible utilizar un mecanismo procesal que permita cuestionar la decisión que sobre la materia es la primera, quedando únicamente la posibilidad de interponer recurso de casación, el mismo que por su carácter extraordinario excluye la valoración de medios probatorios, limitándose a verificar si concurre o no una infracción normativa y es en dicho tenor en que se pronuncia la Corte Suprema, como se desprende las ejecutorias que conforman las unidades de análisis, de las que se obtuvo información a través de la ficha correspondiente. A ello se debe agregar que el Juez *Ad quem*, revoca las sentencias disponiendo la indemnización frente a la adjudicación, generándose también bajo este supuesto la vulneración alegada.

Palabras clave: defensa, divorcio, pluralidad e instancias

ABSTRACT

According to Art. 345 – A of The Civil Code, the judge has a duty to ensure that the spouse who suffered harm as a result of the factual separation has financial stability. It is in that sense that the judge must award either compensation for the harm caused, or the disposal of goods that are part of the conjugal community. These norms have been taken into consideration at the Third Civil Cassation Plenary, in which it is established the binding duty of judges to issue a statement with this regard, enabling at the same time the superior chambers via consultation or appeal to integrate the judgement when the Judge of First Instance has issued a public statement. It undoubtedly generates infringements of the right of defense and plurality of instances because it is not feasible to use a procedural mechanism that allows to question the decision about the matters which is the first, remaining only the possibility to appeal in cassation. Because of its extraordinary character, this appeal excludes the weighing of the evidence. It is also limited to verify if there is infringement of the regulations or not. In this vein, The Supreme Court rules the enforceable judgement that is matter of analysis. In addition, the Judge Ad-quem revokes the sentence awarding the compensation against the goods, generating on this basis the alleged violation as well.

Keywords: defense, divorce, plurality and instances.

INTRODUCCIÓN

En el marco del divorcio por causal de separación de hecho se debe resaltar la importancia de identificar al cónyuge perjudicado e indemnizarlo o adjudicarle el bien o los bienes de la sociedad conyugal según corresponda, así lo establecen las normas contenidas en el artículo 345-A del Código Civil, lo que fue refrendado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en el que a través de reglas vinculantes se exige a los jueces de primera instancia pronunciarse al respecto. Sin embargo, se puede advertir que se otorga al Juez *Ad quem* la potestad de integrar la sentencia cuando el Juez *A quo* omitió pronunciarse al respecto, a ello se debe agregar que la indemnización o adjudicación puede ser determinada de oficio, sin que necesariamente sea requerida por alguna de las partes.

En este contexto, surge como interrogante qué genera un primer pronunciamiento en segunda instancia, ello en atención a la necesidad de contar con mecanismos procesales que permitan a quien se encuentre perjudicado impugnar lo decidido.

Con tal finalidad, se contextualiza la noción de divorcio como sanción y como remedio, dentro de la cual se abren paso las consecuencias que genera la disolución del vínculo, las mismas que han sido zanjadas en parte por el Tercer Pleno Casatorio Civil ya mencionado, con ello se posibilita el análisis de la afectación del derecho de defensa y de pluralidad de instancias a nivel procesal, en atención a la inexistencia de un medio impugnatorio idóneo para cuestionar la decisión dictada por primera vez en Sala.

A partir de ello se analizó la información obtenida de ejecutorias emitidas por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema en casos de divorcio por la causal de separación de hecho, lo que permitió advertir dos circunstancias.

Por un lado que en primera instancia se omite pronunciamiento sobre indemnización o adjudicación preferente de bienes al cónyuge más perjudicado, procediendo la Sala Superior a integrar la sentencia. Frente a ello,

la contraparte al verse afectada no tuvo opción de oponer su defensa y practicar actividad probatoria sobre el pronunciamiento, interponiendo el único recurso viable que es el de casación, el que sin embargo en sede Suprema es declarado improcedente en razón a que en dicha vía no resulta factible el reexamen de los medios probatorios por ser un recurso de carácter extraordinario.

De otro lado, en segunda instancia se modifican sentencias generando un primer pronunciamiento sobre indemnización, por invertirse la elección primigenia del aparato judicial, generando que la parte afectada no cuente, del mismo modo, con la posibilidad de cuestionar el pronunciamiento de la Sala a través de un recurso ordinario, pues se invierte lo que en primer término fue un pronunciamiento en favor de la adjudicación preferente, no habiendo opción de practicar actividad probatoria al respecto, como tampoco cuestionar la decisión inicial a través de un recurso ordinario.

A partir de ello se plantea como recomendación la modificación de ciertas reglas vinculantes establecida en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en mérito al *overruling*.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO EL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

Uno de los pilares fundamentales del Estado como eje de protección de la familia, es el matrimonio, de ahí que se implementen una serie de mecanismos orientados a tutelar esta institución jurídica a efectos de que la mayoría de las personas opten por la unión formal. Sin embargo, una vez que el vínculo decae indefectiblemente no hay más remedio que el divorcio, que en nuestro modelo procesal civil admite dos modalidades: sanción y remedio.

En el primero claramente habrá un responsable de la ruptura, en el segundo si bien aparentemente no se identifica un responsable más allá que el mero efecto de la separación física que conduce a la desvinculación afectiva, de todas formas el Estado, una vez más enraizado en su papel tuitivo, establece la necesidad de identificar quién supuestamente resultaría ser el más perjudicado con dicha ruptura, haciéndolo acreedor de una indemnización por el daño generado en su contra o en su defecto la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Muestra de ello es lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil:

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

Hasta aquí, pareciera que jurídicamente se implementa una respuesta proporcional en la medida que a primera vista se pretende el justo resarcimiento de quien eventualmente pudiera resultar perjudicado.

Incluso con el afán de darle efectividad al artículo antes mencionado a través del Tercer Pleno Casatorio Civil se establece la obligación ineludible de que el juez que dirima una pretensión de divorcio por causal de separación de hecho, deba pronunciarse necesariamente por la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado con el rompimiento. Sin embargo, de manera contradictoria y pese a como se describe, al mismo tiempo se habilita que la Sala Superior vía consulta o apelación integre la sentencia cuando el juez de primera instancia haya omitido pronunciamiento.

Esta posibilidad que apertura el referido Pleno Casatorio deja claramente de lado su fundamento uniformador cuyo sustento base es establecer criterios congruentes bajo los cuales los jueces de todo el país diriman y se pronuncien sobre conflictos, abriendo paso a situaciones sumamente contemplativas que no hacen sino legitimar el desinterés de los jueces de primera instancia de aplicar reglas vinculantes, todo ello con el único afán de brindar una solución a la controversia en una etapa procesal en la cual no se cuenta con las mismas facultades que en primera instancia.

Lo delicado del asunto se manifiesta cuando en el marco del proteccionismo que pretende brindar el Estado, se omiten garantías procesales que corresponden a ambas partes y con ello se genera la ingrata sorpresa en los ex consortes, de recibir fallos basados únicamente en la unilateral percepción de la Sala, sobre puntos que siendo trascendentales para el debate, no fueron abordados en primera instancia y de pronto son resueltos sin más escatimo por la segunda.

1.2. Formulación del problema

a. Problema general

¿Qué se genera con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho celebrados a nivel nacional en el periodo comprendido entre los años 2014 a 2018?

b. Problemas específicos

1. ¿Qué se genera al integrar la sentencia en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho?
2. ¿Qué se genera al disponer en segunda instancia la indemnización frente a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal establecida en primera instancia en casos de divorcio por la causal de separación de hecho?

1.3. Justificación de la investigación

a. Relevancia social

Es menester crear conciencia en los jueces, de la necesidad de abandonar el razonamiento meramente legalista de la administración de justicia, basado únicamente en la fuente escrita que contienen los Códigos, para dar paso a un razonamiento integral, que debe incluir indefectiblemente los precedentes judiciales vinculantes, lo que permitirá garantizar la uniformidad y exactitud de los pronunciamientos emitidos en las diferentes instancias.

Se hace indispensable que los operadores de justicia cumplan las reglas establecidas en el marco de los plenos casatorios debido a su naturaleza vinculante, salvo acaso existiera un apartamiento fundamentado. Habilitar contemplativos mecanismos que suplan las escandalosas omisiones, implica restar fuerza a las mismas, y a su vez generar brechas en la administración de justicia.

b. Relevancia jurídica

Es necesario comprender la naturaleza del proceso de divorcio por causal de separación de hecho, pues se cuenta con dos partes que arrastran una resquebrajada relación, lo cual hace necesario que la respuesta procesal garantice las mismas posibilidades de acción para ambos ex cónyuges, a fin que dentro del debate de sus pretensiones cuenten con igualdad de posibilidades, de no solamente cuestionar las decisiones emitidas, sino previamente a ello cuestionar los fundamentos y medios probatorios de la contra parte.

Es fundamental que los magistrados asuman que toda emisión de sentencia hace necesario un análisis riguroso de todo el acervo probatorio y que la única vía para adoptar una decisión razonada, es aquella que permite a las partes desde un inicio manifestar las ventajas y desventajas, las fortalezas y debilidades de cada punto sometido a debate antes de la emisión de una primera resolución que les genere agravio.

Sólo ejercitando vía intermediación estas posibilidades un juez puede adoptar una decisión cabal, es por ello necesario dejar atrás la creencia de que la intervención de las partes en el proceso se limita a una trivial participación formal cuando por el contrario será su intervención la que permita al juez resolver de una o tal forma los puntos controvertidos y consiguientemente resolver el conflicto de acuerdo a ley.

c. Relevancia práctica

Es preciso determinar si en efecto en los casos de divorcio por causal de separación de hecho al emitirse un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, se posibilita la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Pues solo al advertirse la vulneración alegada es posible proponer los mecanismos pertinentes que permitan revertir dicha situación.

Con la atinencia que a través del Tercer Pleno Casatorio se establece como regla vinculante la obligación de los jueces superiores de integrar las sentencias de primera instancia en las que se omite pronunciamiento respecto a la indemnización o adjudicación.

1.4. Objetivos de la investigación

a. Objetivo general

Establecer qué se genera con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho celebrados a nivel nacional en el periodo comprendido entre los años 2014 a 2018.

b. Objetivos específicos

1. Demostrar qué se genera al integrar la sentencia en segunda instancia incorporando la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho.

2. Demostrar qué se genera al disponer en segunda instancia la indemnización frente a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal previamente establecida en casos de divorcio por la causal de separación de hecho.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas

2.1.1. Divorcio por causal de separación de hecho: a propósito del Tercer Pleno Casatorio Civil

2.1.1.1. Divorcio sanción y divorcio remedio.

Abundis y Ortega (2010) señalan que “etimológicamente el divorcio significa las sendas que se apartan del camino, y en sentido metafórico divorcio es la separación de cualquier cosa que está unida”. Por otro lado:

Es la voz latina *Divortium* la que nos revela el origen etimológico de la expresión Divorcio; ella describe plásticamente la actitud de los cónyuges que, después de haber recorrido unidos un trecho de existencia, se alejan por distintos caminos *Divertere*. Su significado es separación, por lo que no es de extrañar que dicho término haya sido empleado tanto para referirse al divorcio vincular (divorcio propiamente dicho), como también al denominado relativo o separación de cuerpos. (Cabello, 1999, p. 31)

El concepto de divorcio no puede ser aplicado para referirse a la disolución del vínculo matrimonial y separación de cuerpos de manera indistinta, debido a que existe una diferencia sustancial traducida en la posibilidad de contraer matrimonio en el primer supuesto y en el segundo no¹.

¹ Tómese en cuenta lo señalado por Andia (2016): “en sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida propia del matrimonio, por ruptura del vínculo conyugal, o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto como al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica” (p. 21). Para el profesor Cornejo, ponente del libro de familia del Código Civil de 1984 (citado por Calisaya 2016), “el divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro” (p.5).

A partir de ello, como señala Ledesma (2011) el divorcio implica que el vínculo matrimonial se disuelve de manera definitiva, a través de una declaración judicial, basada en la incursión de alguna de las causales que prevé la ley, poniéndose de este modo fin tanto a los deberes conyugales, como a la sociedad de gananciales, siempre que se hubiera optado por ese régimen

En este contexto, se puede centrar la atención en dos de las teorías que existen sobre el divorcio: divorcio sanción y divorcio remedio.

En el primero de ellos, se persigue la identificación del responsable, quien será sancionado según lo estipula la norma, para Miranda (s.f.) en la teoría del divorcio sanción quedan establecidas las causales específicas y taxativas. No en vano se ha dicho que “la compensación del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquél se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges”² Plácido (citado por Alfaro, s.f.)

² Según afirma Andia (2016) el divorcio sanción es aquel que “considera sólo a uno de los cónyuges o a ambos como responsables de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros” (p.26). En el mismo contexto se pronuncia Mazzinghi (citado por Bellocq) al considerar que “este tipo de divorcio procede cuando uno de los esposos, o ambos, incurran en hechos ilícitos, al violar las obligaciones personales que les son impuestas por la ley. El ejemplo paradigmático de divorcio sanción es el que se inicia por el adulterio de uno de los cónyuges” (p. 208). A ello se puede agregar lo manifestado por Bossert y Zannoni (como se citó en Calisaya, 2016) para quienes “la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a causas taxativamente enumeradas por la ley. (...) Si los hechos no fueren probados, el juez debe desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. En síntesis, la sentencia exige la prueba de la culpa de una o de ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos” (p.8).

De este modo, este tipo de divorcio se enmarca en causales previstas normativamente que permiten identificar al cónyuge culpable³.

En esta línea Andia (2016) considera que el divorcio será aceptado, siempre que las causas estén previamente establecidas a través de la norma, adquiriendo de tal forma uno de los cónyuges la calidad de culpable y el otro de inocente. Ello se debe como lo afirma textualmente a que “la ratio de esas causales instauradas en la ley⁴, responde al incumplimiento de los deberes conyugales” (pp.26-27).

En tal sentido, existe un culpable que incumple los deberes que nacen del matrimonio, contra el que procede una demanda de divorcio, que de ser fundada generará consecuencias (castigo) traducidas en la pérdida de gananciales, derecho alimentario, patria potestad de los hijos, entre otras.

Dentro de este marco es que se identifica la perspectiva que adopta el divorcio desde su enfoque como un castigo, es una solución que otorga el ordenamiento civil pero en la cual se manifiesta el rol sancionador del Estado en contra de quien ha incumplido los deberes a los cuales en un inicio se comprometiera y en ese contexto se le hace responsable de la ruptura familiar.

De ahí que se explique, que al ser el matrimonio la base de la familia que tutela el Estado y al ser uno de los contrayentes el responsable del apartamiento y la desintegración de dicha célula, el Estado se manifiesta en su rol punitivo en

³ “En países como España, (cita omitida), se eliminaron las causales de divorcio sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio” (Espinola, 2015, p. 70).

⁴ Una de las causales es por ejemplo el adulterio, que ha sido descrito como “una conducta vulneratoria del deber de fidelidad que se deben los esposos” (Gaceta Jurídica, 2012, p.2).

contra de dicho sujeto responsable aplicándole una serie de medidas en su perjuicio y que a la vez beneficien a la contraparte, entendida como la no responsable de la ruptura.

En este plano se comprende hasta cierto punto la respuesta que otorga el ordenamiento en este tipo de divorcio en la medida en que las causales que se establecen el artículo 333 del Código Civil se enmarcarían en su mayoría dentro de la noción de una falta del consorte responsable, así se tiene: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, que haga insoportable la vida en común, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo, la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, respecto de tales causales establecidas desde el inciso 1 al inciso 6 del referido artículo, se advierte un grado de responsabilidad incuestionable que desencadena la consecuencia de la sanción descrita.

No obstante, aún queda por trabajar respecto a si en realidad las causales incorporadas desde el inciso 7 al 11 denotan el grado de responsabilidad que las anteriores o son la consecuencia de las prácticas y óptica conservadora con que nació la noción del divorcio en nuestro país, ello en la medida en que en principio la causal incorporada en el inciso 7 en alusión al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, no necesariamente denotaría una falta deliberada del consorte, sino sería producto de una situación en la cual el agente causante del divorcio no resulta ser consciente de las implicancias de su conducta, al no ser consciente, menos se le puede reprochar la conducta.

Por otro lado, se tiene en el inciso 8 considerada la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, respecto de la cual no se precisa el mecanismo de adquisición de la misma que bien pudiera ser una transfusión sanguínea en la cual nuevamente la persona que adquirió la enfermedad no tendría un grado de responsabilidad u otros

eventuales factores admisibles en los cuales el agente contrayente de tal enfermedad no juegue un rol activo.

A ello se suma hoy en día desde nuestra óptica la causal más cuestionable que sería la establecida en el inciso 9 que es la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, respecto de la cual no se puede asumir que resulte una condición dolosa y deliberada imputable en contra del cónyuge inocente, sino la manifestación de un rubro de la personalidad del contrayente que en este punto no debiera ser sancionada como las prácticas inicialmente descritas, pues lo contrario significa sancionar la manifestación de la libertad de una persona en el área sexual.

Así también se tiene el inciso 10, la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio, precisar con tal generalidad sin entrar en detalle respecto del origen de dicha condena - que en muchos casos puede provenir incluso de un concierto de voluntades con el consorte - no garantiza el carácter inculpatario que haga merecedor de la sanción al cónyuge.

Finalmente la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, respecto de la cual no se establece su origen que bien puede proceder de no sólo uno sino ambos cónyuges.

En este contexto, la existencia de un cónyuge culpable –infractor- y otro inocente -víctima- es la que determina la disolución del vínculo.

Mientras que el divorcio remedio o de causales objetivas existe consenso, el quiebre de la vida matrimonial no está asociado a la culpa de alguno de los cónyuges, por el contrario, se visualiza en el acuerdo de ambos, por la existencia de alguna razón que en términos generales impida se siga manteniendo la convivencia, o que esta se haya dejado sin efecto por un período de tiempo. No sin razón se ha dicho que:

El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó. (Andia, 2016, p.27)

De este modo, el divorcio remedio es la consecuencia de una situación determinada que impide que el matrimonio alcance los fines que le dieron sustento. De ahí que la doctrina del divorcio remedio en palabras de Placido (citado por Osterling y Castillo, s.f.) está sustentada “«en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar⁵»”.

Queda claro que en este tipo de divorcio cualquiera de los cónyuges puede entablar la demanda, buscando dar solución a un conflicto generado en el propio matrimonio, sin que la búsqueda de un culpable y la sanción al mismo sea el fin⁶. Repárese incluso en lo señalado por Espinola (2015) en el sentido que “puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna” (p.70).

A este respecto, conforme se señalara en relación al divorcio sanción, aún desde la óptica de sus causales, existen cuestionamientos que se plantean

⁵ Por su lado Sánchez (como se citó en Espinola, 2015), señala que el divorcio como remedio implica que “el simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio” (p.68).

⁶ Considérese lo mencionado por Bellocq (s.f.) en el sentido que el divorcio remedio “está destinado a solucionar el problema que se da cuando el matrimonio no cumple uno de los fines para el cual se constituyó. A diferencia de lo que sucede en los supuestos de divorcio sanción, en estos casos, no tiene por qué haber culpa de uno de los cónyuges, ni una conducta ilícita de ninguna naturaleza. Simplemente, ante determinada situación de hecho, como puede ser la incapacidad mental de uno de los cónyuges, la vida de consuno se torna muy difícil, y uno de los remedios legales es optar por el camino del divorcio” (p. 208).

respecto de la legitimidad de considerarlas como la causa desencadenante de las sanciones con las que responde nuestro ordenamiento civil, esta situación es puesta de relieve en el sentido que dicha incongruencia se amplía aún más cuando se trata del divorcio remedio, que no obstante estar considerado como una supuesta solución en la cual en teoría no se debieran identificar responsables, el ordenamiento responde igualmente con mecanismos sancionadores, lo cual pone en tela de juicio respecto de si en efecto se trata de una solución no lesiva pues es el remedio, o si por el contrario este divorcio también arrastra un tinte inculpatario no reconocido expresamente por el legislador pero tácitamente arraigado.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce un sistema de divorcio mixto, pues existen causales que dan sustento tanto al divorcio sanción como al divorcio remedio, lo que en palabras de Beltrán (2010) “se torna en un tema complejo⁷” (p.50).

Lo afirmado se evidencia en el Código Civil que contiene normas asociadas a ambos tipos de divorcio. Por un lado, están los incisos que van del 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil, que regulan causales vinculadas al divorcio sanción, mientras que los incisos 12 y 13 están asociados al divorcio remedio, al estar referidos a la separación de hecho y la convencional.

2.1.1.2. Separación de hecho y divorcio remedio.

La separación de hecho como causal de divorcio, es definida como “el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una

⁷ Es así que, Plácido (2003) considera “los sistemas mixtos son, a su vez, complejos, en los que se conserva la posibilidad tradicional de la inculpación, con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconventional; y, se prevé causas no inculpatorias, con la consecuencia que cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro. De otro lado, los efectos personales y patrimoniales del divorcio – sanción, pueden ser aplicables a quienes acuden a las causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo de ese sistema” (p. 11).

necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes” Plácido (como se citó en Calisaya, 2016, p.42). En esta línea Azpiri (como se citó en Espinola, 2015) considera que:

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

En este contexto, pese a la ruptura del deber de cohabitación, queda subsistente el vínculo matrimonial.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, que la causal de separación de hecho es *sui generis*, si se toma en cuenta que se pretendió incorporarla dentro del sistema como parte del divorcio remedio, aunque su configuración, junto a las consecuencias que genera mantienen un perfil claramente inculpatorio⁸.

No sin razón, Alfaro (2012) considera que su tratamiento está lejos de ser considerado como un remedio, sustenta su posición alegando la exigencia de estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias⁹. No se debe olvidar

⁸ De manera antagónica se ha dicho que “esta causal se funda pues en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio como es el hacer vida en común en el domicilio conyugal, pues se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio. La causal se presenta como una fórmula que incorpora en nuestro sistema la teoría del divorcio-remedio, impuesta por la propia realidad social, familiar y económica que vive nuestro país, ante situaciones irregulares e ilegales que afectan la institución matrimonial...” (Andía, 2016, p.36).

⁹ Según manifiesta Álvarez (2006) “pese a reconocerse que el origen de la separación de hecho es diverso, e inclusive la negativa de hacer vida en común, puede provenir de ambos cónyuges, no se señalaron las motivaciones en cuanto a la permisividad de invocar un hecho propio por parte del cónyuge que originó la separación, y que trastoca la doctrina inspiradora del Código Civil, en cuanto a la prohibición de invocar su propia conducta, para beneficiarse con una medida de esta naturaleza, tal como establecía el texto original del artículo 335° del código sustantivo. Se manifiesta que en compensación a tal apertura, el legislador favorecía al cónyuge perjudicado con la separación, mediante la figura introducida vía el artículo 345°-A, sobre cumplimiento de las obligaciones alimentarias con una exigencia mayor sobre este sostenimiento,

que el propio artículo 345-A del Código Civil hace referencia a la necesidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado, quien además será beneficiado con una indemnización. Según Espinola (2015):

En nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aun cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. 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. (p.99)

La causal de separación de hecho, de acuerdo a lo señalado por Miranda (s.f.), se incorpora a través de la Ley 27495¹⁰, siendo necesaria la materialización de tres elementos constitutivos: material, psicológico y temporal; los cuales están establecidos en la resolución emitida en el marco del Tercer Pleno Casatorio Civil¹¹.

así como el pago de una indemnización por daños, o alternativamente la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Con ello el legislador ha considerado suficientemente compensada la falta de cumplimiento a los deberes del matrimonio, por parte del cónyuge que solicitó la separación invocando hecho propio”.

¹⁰ Por su parte García (2014) parafraseando a Umpire da cuenta que en “nuestro sistema jurídico, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27495 y mediante el 3PCC [sic], reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias. De tal manera que el cónyuge culpable deberá indemnizar al cónyuge perjudicado por la separación”.

¹¹ Plácido (citado en García, 2014) hace referencia únicamente a dos elementos, bajo los siguientes términos: “para que se configure la separación de hecho debe cumplirse con dos elementos. Un primer elemento objetivo o material, consistente en la evidencia del quebrantamiento definitivo y permanente, sin solución de continuidad en la convivencia. Asimismo, un segundo elemento subjetivo o psíquico, determinado por la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de los cónyuges de no continuar viviendo juntos” (p.5).

El elemento material está asociado al cese de la convivencia, que debe ser definitivo, lo que se evidencia con el alejamiento de los cónyuges, por voluntad de uno o ambos. Por otro lado, el elemento psicológico, según consta en el fundamento 37 de la ejecutoria suprema 4664-2010-Puno, se concretiza cuando:

No existe voluntad alguna en los cónyuges – sea de ambos o de uno de ellos- para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácitamente sea imposible de eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de [sic] retornar al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Por último, el elemento temporal está contenido en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, al establecer que la separación de hecho de los cónyuges debe darse por un período ininterrumpido de dos años, el que será de cuatro años cuando existen hijos menores de edad.

Compartiendo criterio, pero con denominaciones diferentes, Condori (2011) se refiere a tres elementos para la configuración de la separación de hecho:

a) El elemento objetivo o material, que consiste en el cese efectivo de la convivencia en forma permanente y definitiva; cuya evidencia es el apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes; b) El elemento subjetivo o psíquico, que es la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, sin que una necesidad jurídica lo imponga; y, c) El elemento temporal, que es el transcurso ininterrumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia. En

nuestra legislación se ha fijado en dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, cuatro años, si los tienen.

La concurrencia de estos elementos se acredita por medio de un proceso judicial en la vía de conocimiento, según lo dispone el artículo 480 del Código Procesal Civil bajo siguientes términos: “las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil se sujetan al trámite del proceso de conocimiento...”

De esta manera, se puede señalar que la causal de separación de hecho en realidad en cuanto a su naturaleza, debe ser considerada como una causal de naturaleza mixta y como tal da lugar a un sistema de divorcio remedio – sanción o de carácter mixto, ello en la medida en que por un lado tiene notas del divorcio remedio en cuanto concierne al plano objetivo.

Es decir la identificación de la concurrencia del elemento material consistente en el alejamiento de las partes contrayentes y además el elemento temporal entendido como el mecánico e imparable transcurso del tiempo, aspectos que son de carácter objetivo; pero el divorcio por separación de hecho no se compone únicamente de la verificación de sus presupuestos objetivos, sino además del contraste de la concurrencia del requisito subjetivo que enmarca dentro de la óptica del divorcio sanción, cual es la voluntad de no volver a hacer vida en común la cual puede proceder de uno o de ambos cónyuges, allí descansa la particularidad de esta causal a cuyo estudio se avoca la presente tesis.

En este contexto, en el Tercer Pleno Casatorio materia de estudio, siguiendo a Abanto se da cuenta que:

La Corte Suprema sostiene qué principios procesales deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia¹², con el fin de dar efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente, cuando se refiera a niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hechos. Siendo así la parte interesada en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el juez debe considerarlo como pedido o petitorio implícito y debe pronunciarse sobre este en la sentencia, garantizando a las partes el derecho de defensa y a la instancia plural (considerandos 16 y 17). (p.78)

De este modo se advierte, que en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho se flexibilizan los principios de congruencia y preclusión¹³.

2.1.1.3. Efectos del divorcio por causal de separación de hecho.

De acuerdo a lo señalado por Cabello (s.f.) es importante distinguir el tratamiento dual del que ha sido objeto la causal de separación de hecho: “como causal objetiva remedio para efectos de la declaración de divorcio y de su tratamiento evidentemente inculpatario para la regulación de sus efectos”. Último supuesto vinculado a la identificación del cónyuge culpable, a la indemnización o adjudicación preferente de bienes.

¹² Respecto al principio de preclusión, adviértase lo manifestado por Ariano (s.f.) citando a Alzamora y Taruffo, en el sentido que “se suele decir que la preclusión persigue que el proceso avance, y ello es cierto, pero respecto a la alegación (que en definitiva fija el objeto del proceso) y a la prueba, depende del legislador organizar el proceso y determinar en cuál momento se activa la preclusión. En tal sentido puede optarse por una solución, como la del legislador peruano, de preclusiones precoces o bien puede postergarse la preclusión a un momento (o momentos) ulterior, tras el debate contradictorio -oral o escrito, poco importa- entre las partes” (p.76).

¹³ Abanto (s.f.) refiere que existen principios de orden procesal que deben ser flexibilizados, ello con el fin de “dar efectividad de [sic] los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente, cuando se refiera a niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hechos” (p.78).

Ahora bien, según el fundamento 50 de la sentencia emitida en el III Pleno Casatorio Civil, es considerado como cónyuge más perjudicado aquel:

a) Que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esta 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 daño moral.

Plácido, según Armas (2010) opina que “el daño ocasionado por la separación de hecho, se trata de un supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, en razón que existe un cónyuge perjudicado, una conducta antijurídica del consorte que lo motivó”.

Así, el daño se configura de dos maneras: patrimonial y extrapatrimonial. Respecto al primero Salvi (como se citó en García, 2015), señala que se configura cuando el evento dañoso genera consecuencias negativas en menoscabo del patrimonio de la víctima, ello en el supuesto que:

Las consecuencias negativas del evento dañoso sólo generen perjuicio en el patrimonio de la víctima, la valoración del daño no debe estar en referencia a la naturaleza de los bienes lesionados, sino a las consecuencias económicas que dicha lesión produce en la utilidad o valoración social de los mismos los cuales tienen incidencia negativa en el patrimonio antes mencionado. (p.42)

La misma autora cita a Fernández, para quien la patrimonialidad del objeto está relacionado a las consecuencias que produce la lesión, pero no al daño en sí mismo. En este contexto, citando nuevamente a Salvi, señala que:

Dicha compensación implica un traslado del costo de la víctima al responsable, lo cual deriva en una redistribución del mismo, es decir, también «se realiza la función de redistribución de los costos

económicos que es cumplida por el juicio de responsabilidad frente a los daños patrimoniales. Como base de la regulación de tal remedio se encuentra el principio según el cual la víctima tiene derecho a una suma en dinero correspondiente a la entidad del daño que ha padecido, sea como disminución del patrimonio (daño emergente), sea como ganancia no realizada (lucro cesante)». (p.43)

Ya centrandó la atención en el daño emergente y el lucro cesante, se puede considerar lo siguiente:

Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró. (Osterling, 2013. p.403)

En este mismo sentido transita el pronunciamiento de Fernández (2016), para quien el daño emergente implica perder algo, por lo que la indemnización tiene por objeto reponer el bien, mientras que el lucro cesante tiene que ver con lo que se deja de percibir, como consecuencia de un incumplimiento.

Por otro lado, en el extrapatrimonial se encuentran comprendidos el daño a la persona y el daño moral. El daño a la persona según Espinoza (2011) debe ser entendido “como aquel que lesiona los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas” (p. 180).

El mismo autor considera que el daño moral está definido como “«el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc», padecidos por la víctima que tienen el carácter de efímeros y no duraderos” (p. 180).

Según lo expresado por Bonilini (citado por Afferni) estos supuestos de daño no tienen naturaleza patrimonial, ya que derivan de bienes de la vida que por su naturaleza no pueden ser objeto de cambio, ni de valoración económica.

Si nos centramos en la sentencia emitida en el III Pleno Casatorio Civil, en el fundamento 71 se ha dicho de manera expresa que:

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral (cita omitida). Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona (cita omitida). 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.

En el marco de lo antes mencionado, es preciso tomar en consideración el fundamento quinto de la Ejecutoria Suprema N° 2450-2010/La Libertad, en el que existe un pronunciamiento respecto a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en el sentido que si bien la norma faculta al juzgador a señalar una indemnización o adjudicar de manera preferente los bienes de la sociedad conyugal¹⁴, lo debe hacer de manera motivada, es decir:

Analizando los medios probatorios en virtud de los cuales se puede determinar en base a parámetros objetivos el quantum indemnizatorio que le pudiera corresponder a la demandada, así podrá tener en cuenta entre otros factores, las edades de las personas perjudicadas, la duración del perjuicio, la capacidad económica del causante del daño, y las demás situaciones particulares de la víctima del daño ...

¹⁴ Abanto (s.f.) recoge lo expresado por la Corte Suprema al señalar que “la indemnización en la separación de hecho tiene el carácter de una obligación legal, la que puede ser cumplida de una sola vez de las siguientes formas: a) el pago de una suma de dinero o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, que son soluciones de carácter alternativo y a la vez excluyentes” (p.79)

Por otro lado, en la Casación N° 540-2007/Tacna también se determina los aspectos que debe abarcar la indemnización a favor del cónyuge perjudicado tomando en cuenta el daño causado:

...Indemnización que abarcaría tanto el daño moral que sería nada menos que la aflicción a sus sentimientos como el dolor, la pena el sufrimiento ocasionado por el alejamiento definitivo de su cónyuge; el daño a la persona cuando se lesiona a la persona en sí misma en su integridad psicofísica y/o en su proyecto de vida, como por ejemplo, entre otras, la frustración de un proyecto personal de vida matrimonial normal; como el daño patrimonial emergente conforme a la situación fáctica establecida, la existencia del cónyuge perjudicado así como los daños que se hayan podido causar...

Así, de manera acertada Espinoza (2010) considera que deben concurrir todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, señalando de manera expresa “que la naturaleza de esta responsabilidad civil es extracontractual ya que el hecho que motiva esta indemnización se da por la calidad de cónyuge y esta es una situación jurídica proveniente de la relación jurídica matrimonial (que no tiene carácter contractual ni obligacional)”¹⁵ (p. 38). Lo que se puede complementar con lo manifestado por Abanto (s.f.):

El juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues se trata de un divorcio remedio. Como consecuencia de la flexibilización de dichos principios procesales, si la parte interesada en cualquier etapa del proceso expresa hechos claros y concretos referidos al supuesto perjuicio sufrido como consecuencia de la separación o del divorcio, el juez debe considerar que se encuentra frente a un pedido explícito, por lo que debe emitir

¹⁵ No en vano se ha dicho que: “... es la posición dominante en la doctrina nacional (cita omitida), en virtud del cual se sostiene que la indemnización examinada es llanamente identificada con un tipo de responsabilidad civil en sentido estricto (cita omitida). Específicamente se le suele asociar con la responsabilidad civil extracontractual y por ello sujeta a cada uno de sus elementos característicos; como es la antijuricidad, el daño, relación de causalidad y factores de atribución”. (Alfaro, 2012, pp. 38-39)

pronunciamiento en dicho extremo en la sentencia final. Ahora bien, el juez de familia está facultado para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas por la ley hasta la etapa de fijación de los puntos controvertidos. (p.79)

No se debe perder de vista que en la sentencia emitida en el Tercer Pleno Casatorio Civil se mantiene una posición divergente, pues se señala de manera expresa que:

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

En lo que se refiere a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal según el fundamento décimo de la sentencia mencionada en el párrafo precedente:

...la adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización, de adjudicarse un bien imputado a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos, de otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel se adjudicara. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el juez ordenara si fuese el caso, el retiro del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores; ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia.

Es preciso considerar que el juez de primera instancia está en la obligación de determinar la existencia del cónyuge más perjudicado y determinar en tal contexto la indemnización correspondiente. Lo mencionado se desprende de la segunda regla vinculante consignada en la sentencia emitida en el marco del Tercer Pleno al que venimos haciendo referencia:

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 en 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...

Incluyendo además por medio de la regla vinculante 5 la siguiente posibilidad:

El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que de la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

La integración está regulada en el artículo 172 del Código Procesal Civil, posibilitando al juez integrar una resolución antes que sea notificada, o después de la misma en los siguientes términos:

... El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación, pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra. El Juez

superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurren los supuestos del párrafo anterior.

2.1.1.4. Principios de preclusión y dispositivo.

Cuando se habla del principio de preclusión, es preciso poner atención a la función jurisdiccional, en el sentido que Nugent (s.f.) plantea, al considerar que esta sería “ilusoria” (p.85) si el proceso no se desarrollaría en atención a un orden previamente establecido, por medio de etapas independientes que a su vez formen parte de un todo, así:

Pasada una etapa, ya no se puede volver sobre la anterior, pues de admitir esta probabilidad el proceso sería un caos y los esfuerzos de las partes y del Juez por hacer avanzar el proceso, sería nulo, reinaría el desconcierto y el desorden en perjuicio del normal desenvolvimiento del proceso y del interés de las partes¹⁶. A este efecto de clausurarse la etapa anterior es lo que se ha dado en llamar la preclusión procesal. (p.85)

Ahora bien, en palabras de Gandulfo (2009) la preclusión puede ser vista desde diversas perspectivas, haciendo difícil su definición, en efecto, el autor en mención habla de: “mecanismo, principio, institución o técnica procesal”, considerando además que “lo variopinto de sus supuestos operativos, hace a la preclusión reconducible a una variedad de razones, las cuales son difíciles de reducir a una sola, como se ha hecho hasta ahora” (p.123).

Sin embargo, considera que todas las versiones tienen que ver con “la necesidad de velar por la disposición con que se presentan los actos y resoluciones en el proceso” (p.124), desde dos puntos de vista: uno

¹⁶ Por su parte Monroy (1996), expresa que: “este principio también está directamente ligado a la diferencia, a veces sutil, que existe entre una estrategia y una conducta procesal maliciosa. Dentro de un proceso afincado en un sistema privatístico, es perfectamente factible que una parte reserve lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba, para reducir la capacidad de contradicción del contrario”.

cronológico y otro pragmático-lógico. El primero asociado a la presentación o procedencia de un acto al terminar una determinada etapa, y el segundo a la interposición de algún recurso¹⁷.

Entonces, el principio de preclusión tiene reconocido como fundamento en atención a la seguridad jurídica, que las diversas etapas no se retrotraigan innecesariamente; y en mérito a la celeridad procesal, la administración de justicia sea aplicada de forma rápida en plazos razonables¹⁸.

Por su parte, Chiovenda (como se citó en Nugent, s.f.) ha definido la preclusión como “una institución general que tiene frecuentes aplicaciones en el proceso y que consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para el ejercicio de esta facultad en el juicio o en una fase de él” (p.85). El propio Chiovenda citado por Monroy (1996) señala de manera más específica que la preclusión implica:

La pérdida, o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión

¹⁷ En este sentido, dice Taruffo (como se citó en Ariano, s.f.) que las preclusiones “sirven para establecer, en los tiempos lógicos del proceso, los momentos dentro de los cuales determinadas actividades de las partes deben ser cumplidas, y a sancionar a la parte que no respeta la secuencia predeterminada por la ley... ellas sirven simplemente para indicar a las partes cuándo ellas deban decir, bajo pena de no poder hacerlo ya más en momentos sucesivos, lo que pretenden decir en el proceso (p.75).

¹⁸ Para ampliar lo señalado, véase a Gandulfo (2009) para quien “el orden consecutivo procesal ocupa un nivel intermedio dentro del Derecho Procesal, por lo que -según se dijo- se encuentra especialmente influido en su construcción por dos macro instituciones (que, a su vez, dan la configuración de prácticamente toda la institucionalidad del proceso y de sus procedimientos): una del tipo técnico-jurídica, la tutela jurisdiccional y otra político-jurídica la del debido proceso (integrada, p.ej., por la prontitud del juzgamiento y la defensa procesal). En suma, el correcto orden jurídico consecutivo mira a la presentación de los actos en el proceso, de manera que dicha presentación permita llegar en el menor tiempo posible, según lo posibiliten las opciones de defensa de las partes, al ejercicio particular de la jurisdicción. En contrario, lo que no afecte a esta configuración así entendida, no afecta al correcto orden consecutivo del proceso, ni dará lugar a la preclusión” (p.125). Además, según Monroy (1996), siguiendo a Isidoro “la vigencia de este principio en un ordenamiento procesal está ligada al tratamiento normativo que se le dé al tiempo; si los niveles de exigencia son intensos, el ritmo del proceso será expeditivo. Cuando la norma presenta grietas a su exigencia, la posibilidad de que el litigante negligente o malicioso tenga «oportunidad» de prolongar el proceso «legalmente», aumenta considerablemente” (pp.98-99).

legal de las actuaciones o de las excepciones; b) o por haberse realizado un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (conservación propiamente dicha). (p.98)

Si bien, el principio de preclusión es determinante para lograr el éxito del proceso, debe ser tratado con bastante cuidado, como afirma Liebman (citado por Gandulfo, 2009), pues a través de este se le quita flexibilidad al proceso al generar formalización y rigidez sobre el mismo, explicando su posición bajo los siguientes términos:

Dado que la preclusión extingue o hace perder una potestad o facultad procesal por ciertas conductas procesales de los sujetos partícipes del proceso, constituye una clara limitación a la variedad de conductas que éstos pueden adoptar (cita omitida). A mayor fuerza preclusiva atribuida a determinados supuestos operativos, mayor restricción de facultades se produce¹⁹. (p.124)

Finalmente Monroy (1996) recoge lo manifestado por Calamandrei, que resulta un partidario de este principio, en el sentido que:

Si de un lado tiene la ventaja de luchar eficazmente contra la práctica de dar largas a aquellos litigantes de mala fe, que tienden a conservar los mejores argumentos para las sorpresas de última hora, puede de otro lado, constituir un peligroso incentivo para la complicación y multiplicación inicial de las defensas; porque las partes, por exceso de

¹⁹ En atención al Código Procesal Civil de 1993, Ariano (s.f.) manifiesta que el sistema de preclusiones en lo que se refiere a prueba y alegación “lesiona abiertamente ese derecho de defensa en cualquier estado del proceso (tanto en primer como en el segundo grado) que la Constitución (la que quieran) nos asegura a todos y lo que es peor aumenta la posibilidad de la emisión de sentencias injustas” (p.81). Agregando que

“los amplios poderes de indagación e iniciativa probatoria del juez, en un contexto de preclusiones para las partes, lesiona gravemente la imparcialidad judicial, y desnaturaliza el proceso el que para ser tal requiere que el juez sea auténticamente «tercero»”(p. 81).

prudencia, pueden ser inducidas a utilizar desde el principio del proceso, un aparato imponente de deducciones en el cual las razones más sólidas se encontrarán con los más sutiles virtuosismos 'curialescos". (p. 99-100)

Ahora bien, con relación al principio dispositivo, De Los Santos (s.f.) se pronuncia en el sentido que "en el tipo procesal dispositivo" la voluntad de las partes juega un rol trascendente, porque no solo "fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento, sino que también tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia por la voluntad de las mismas²⁰" (pp.1-2).

Por su parte, Rosemberg (citado por Carrión, s.f.) lo denomina principio de pasividad del juez, basando su posición en el hecho que este tipo de procesos carecen de interés público por parte del Estado, considera en este sentido que se puede llegar a la verdad de mejor forma en atención al poder que se le otorga a las partes, que a la investigación del juez.

Se puede complementar la idea, con el aporte de Gaso y otros (s.f.) para quienes a través del principio dispositivo no solo se confía a la actividad de las partes "el estímulo de la función jurisdiccional", sino también "la aportación de los materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez" (p.3).

En este contexto, se puede advertir la existencia de excepciones en el Código Procesal Civil, que están vinculadas a dos aspectos, por un lado los relativos al proceso:

- a. El artículo 35 regula la incompetencia, considerando que la territorial, cuando es improrrogable, puede ser declarada de oficio al calificar la demanda o de manera excepcional en cualquier estado o grado del proceso.

²⁰ Según la misma autora "si bien el principio dispositivo prevalece en el proceso civil y el inquisitivo en materia penal, ni en materia civil existe disponibilidad absoluta, ni en materia penal indisponibilidad absoluta. Los fines del Derecho Procesal vinculados a estos tipos procesales han servido para que se identifique el tipo procesal dispositivo con la privatización y el tipo procesal inquisitivo con la publicización" (p.1).

- b. Por otro lado, según el artículo 50: “Son deberes de los Jueces en el proceso: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal; 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga; 3. Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada; 4. Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia; 5. Sancionar al Abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude; 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia. El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable”.

- c. Según el artículo 176 los jueces pueden declarar de oficio las nulidades de ser insubsanables.

- d. Como figura en el último párrafo del artículo 427, si el juez considera que la demanda es manifiestamente improcedente, la puede declarar así de plano.

Y por otro lado están las excepciones relativas a la actividad probatoria:

- a. La norma contenida en el artículo 51.2 faculta a los jueces a ordenar los actos procesales que permitan el esclarecimiento de los hechos materia de controversia, sin que ello afecte el derecho de las partes a defenderse.

- b. El artículo 194 regula lo relativo a la prueba de oficio en los siguientes términos: “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”²¹.

Profundizando en lo que se refiere a la prueba, se trae a colación lo manifestado por Campos (2013):

el sistema dispositivo (cita omitida); supone, en esencia, que la actividad probatoria²² corresponde únicamente a las partes, (cita omitida). El

²¹ Alsina (como se citó en Gaso y otros, s.f.) establece que “si bien se mantiene el principio de que el juez solo puede pronunciarse sobre los hechos invocados por las partes, va perdiendo aplicación el que a ellas le corresponde exclusivamente aportar la pruebas, admitiéndose en cambio que el juez pueda completar el material de conocimiento; se mantiene también el principio de que las partes son las dueñas de la acción pero la facultas de impulsar el procedimiento mediante peticiones, acuse de rebeldía, etc. va siendo substituida por la perentoriedad de los términos y el pase de un estadio a otro sin requerimiento de parte, por obra del juez o de la ley” (p.4).

²² El mismo autor considera que “a través de los diversos medios de prueba, los hechos que configuran una pretensión o una defensa pueden dejar de ser simples afirmaciones para pasar a ser hechos sobre los cuales el Juez se forma convicción; sin ella, los hechos del caso y los petitorios de las partes no son más que simples conjeturas sin mayor eficacia jurídica. La prueba es la que permite al Juez conectar lógicamente el Derecho con la realidad del caso concreto” (p.202).

sistema procesal privatístico parte por considerar que si en el proceso civil se discuten derechos civiles que son privados, entonces el proceso civil es también una actividad privada, constituyéndose en el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver sus conflictos de intereses. (p.202)

En la misma línea, Montero (como se citó en Hunter, 2010) considera que para la doctrina:

En los sistemas jurídicos que se inspiran en criterios de libertad, el proceso civil tiene como función tutelar los derechos subjetivos y no intereses de otro género. Se agrega que un derecho sea subjetivo significa que aparece indisolublemente ligado al individuo, el que tiene siempre la plena e incondicionada facultad de disponer del derecho sin interferencia externa, salvo las limitaciones que impone el respeto a los derechos de otra persona. Así entonces -agrega esta doctrina- la primera consecuencia de la fisonomía privada de los derechos es que el órgano jurisdiccional sólo puede actuar previa demanda del interesado y, consecuentemente, el proceso civil se rige sobre la carga de la prueba, debiendo el litigante solicitar al juez la admisión de los medios de prueba idóneos.

Con relación a lo anterior, Gaso y otros (s.f.) manifiestan que de efectuarse una interpretación restrictiva del principio dispositivo, se puede concebir de manera errónea que “las partes son las dueñas del proceso, manejando este a su gusto y arbitrio”, lo contrario se presenta al entenderlo extensivamente, pues ello implica que “el magistrado, como funcionario público, debe satisfacer el interés general de justicia, eliminando el ritualismo excesivo, el chicaneo de los operadores del sistema y atentan hacia una adecuada administración de justicia, y completando o complementando la actuación de las partes”.

De acuerdo a lo reseñado, el impulso procesal puede ser a solicitud de parte o de oficio, pero nunca se advertirá que el impulso procesal tenga una fuente de naturaleza legal pues la ley no es un sujeto de la relación a que da lugar la

instauración de un proceso, es decir es admisible que el impulso provenga sea de las partes interesadas o en su defecto en los casos que la norma lo contemple, del juez, sin embargo no puede tener fuente legal pues la norma se entiende que es dictada en sentido abstracto, de manera que no cabría que contemple mecanismos de impulso en procesos de naturaleza específica.

2.1.2. Derecho de defensa y pluralidad de instancia

2.1.2.1. Derecho de defensa.

El derecho de defensa ha sido regulado a través de normas contenidas en tratados internacionales, así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo reconoce en su artículo 14, numerales 1 y 3 literal b, si bien lo hace en el marco de un proceso penal consideramos es extensible a todo tipo de procesos:

1. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...)
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

Asimismo, el artículo 8 numeral 2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce estas garantías bajo los siguientes términos:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

El Estado peruano no ha sido ajeno a lo plasmado en los tratados internacionales en mención, en efecto, el derecho de defensa está reconocido y protegido constitucionalmente, así en la Constitución Política del Perú según lo dispuesto en el inciso 14 del artículo 139, son principios y derechos de la función jurisdiccional el "... no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso..."

En esta línea, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el fundamento 14 de la sentencia recaída en el expediente N° 8605-2005-AA/TC-Lima:

El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.

En este contexto, Landa (2012) manifiesta que el derecho de defensa "se proyecta como un principio de interdicción para afrontar situaciones de indefensión, y como principio de contradicción de los actos procesales para asegurar la igualdad de oportunidades y descargos en el proceso" (p. 12).

A ello se puede agregar lo señalado por Devís (como se citó en Vega, 2017) en el sentido que el derecho de defensa implica por un lado que el demandado sea notificado respecto a la existencia de un proceso, y por otro que se respete su intervención voluntaria en el mismo.

Esta intervención debe estar garantizada en el marco de un debido proceso, como afirma Vásquez (2011) "las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente, de esta manera quedará garantizado el derecho de defensa".

Del mismo modo, en el tercer fundamento del Recurso de Nulidad N° 2019-2010/Cajamarca la Primera Sala Penal Transitoria considera que:

...el derecho de defensa, contenido también en el debido proceso y reconocido en el inciso catorce del artículo precitado de nuestra Norma Fundamental, garantiza que toda persona sometida a un proceso o procedimiento no quede en estado de indefensión, por lo que «su contenido esencial queda afectado cuando en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos».

A ello, se debe agregar lo mencionado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 31 de la sentencia emitida en mérito al expediente N° 6712-2005-HC/TC:

...la defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesario. Así, la defensa también es un derecho- regla de tutela procesal efectiva.

En el marco de lo señalado, en el fundamento 13 de la sentencia en comentario, el Tribunal Constitucional hace referencia a la garantía que tienen las partes de presentar los medios probatorios que puedan crear convicción en el juez respecto a que los argumentos planteados son los correctos, por ello, si no se autoriza la presentación de pruebas oportunamente sería imposible hablar de amparo de la tutela procesal efectiva.

Por ello manifiesta con acierto que se podrá sentenciar de manera adecuada únicamente si se cuenta con todos los medios probatorios necesarios, por ello

“la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio”.

Así, Vladila (2011) ha dicho con acierto que pese a que en el ámbito civil se reduce la intensidad del derecho que venimos comentando, y que en esencia es facultativo, su “presencia es incontestable” (p.254). Agrega que las partes utilizan este atributo tanto en su aspecto material, como formal:

...bajo el aspecto *formal*, las partes tienen el derecho de ser representadas o, en su caso, asistidas en las condiciones legales. Bajo el aspecto *material*, a las partes se le asegura la posibilidad de participar en todas las etapas de desarrollo del proceso. Pueden ser informadas sobre el contenido del dossier, proponer pruebas, hacer sus defensas, presentar sus sostenimientos en escrito y oral, y ejercitar las vías legales de apelación, con respecto de las condiciones previstas por la ley (cita omitida). (p.256)

En mérito a lo señalado conviene concluir con lo manifestado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1330-2002-HC/TC en el sentido que “el derecho de defensa garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, sea cual fuere su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión”.

El derecho de defensa en un Estado de Derecho es incuestionable y tiene ingredientes significativos que permiten el ejercicio pleno de la tutela jurisdiccional efectiva.

2.1.2.2. Pluralidad de instancias.

En el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce el derecho a la pluralidad de instancias bajo la siguiente fórmula “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo

condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley”.

De la misma forma lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través del artículo 8, inciso 2.h “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Ahora bien, Merino (s.f.) al referirse a los tratados internacionales de los que Perú es parte, considera que estos limitan la pluralidad de instancias al ámbito penal, lo que da cabida a la existencia de normas que pueden establecer incluso procesos de una sola instancia en el ámbito civil, posición coincidente con lo sostenido por Priori (como se citó en Núñez del Prado, 2015):

«Para el Pacto de San José, el derecho al doble grado de jurisdicción²³ se predica solamente respecto del proceso penal y contra las sentencias que imponga una pena al procesado. Ese es el contenido que le da dicho tratado internacional al doble grado de jurisdicción, con lo cual, resulta obvio que para el referido instrumento el derecho al doble grado de jurisdicción no es un derecho que se predique respecto de todos los procesos ni respecto de todas las resoluciones. Siendo ello así, por ejemplo, una norma que establezca la inapelabilidad de una resolución dictada en un proceso civil, incluso la sentencia, es una norma que no contrariaría lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas»

Sin embargo, no se debe perder de vista lo manifestado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 2.3 de la sentencia que emitió en mérito al expediente N° 05410-2013-PHC/TC:

²³ Repárese en lo siguiente “puede advertirse que mientras que la doble instancia implica un nuevo examen, el doble grado de jurisdicción importa un nuevo juicio. El distingo es por demás relevante, puesto que dependiendo de cuál concepción sea adoptada, se podrá determinar si se pueden introducir nuevas pretensiones, aducir nuevas defensas o presentar nuevos medios probatorios” (Núñez del Prado, 2015, p. 38).

...el derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8° inciso 2 parágrafo h) ha previsto que toda persona tiene el «Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...» El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental...²⁴

Desde una perspectiva nacional, se puede advertir que el derecho a la pluralidad de instancias se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución, como principio²⁵ y derecho de la función jurisdiccional. El tribunal Constitucional señala se manera expresa por medio del fundamento 9 de la sentencia emitida en el marco del expediente N° 4235-2010-PHC/TC que el derecho a la pluralidad de instancias:

tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal²⁶.

²⁴ Véase las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los siguientes casos: 243-2008-PHC (fundamento 2), 5019-2009-PHC (fundamento 2), 2596-2010-PA (fundamento 4).

²⁵ Rubio (como se citó en Núñez del Prado, 2015) considera que “la pluralidad de instancias 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” (p.32).

²⁶ Tómese en cuenta las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los siguientes casos: 3261-2005-PA (fundamento 3); 5108-2008-PA (fundamento 5), 5415-2008-PA (fundamento 6), 0607-2009-PA (fundamento 51) y, 05410-2013-PHC/TC (fundamento 2.3).

Además, el Tribunal Constitucional en el fundamento 26 de la sentencia recaída en los expedientes 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, señala que el derecho a la pluralidad de instancias se garantiza cuando al dilucidarse una controversia a nivel judicial existe una estructura organizada mínimamente en una doble instancia, en atención a los medios impugnatorios pertinentes, de este modo, la existencia de más de dos instancias en un proceso, afectaría la celeridad innecesariamente.

Ya de manera más específica, se puede mencionar que a través de la pluralidad de instancias se busca corregir los errores en los que hayan podido incurrir los jueces *a quo*. En tal sentido, la denominación que tenga el mecanismo para acceder a una instancia de revisión carece de importancia, lo que se debe garantizar es la posibilidad de que se materialice un control eficaz, por medio de un recurso ordinario.

En este contexto, no se puede perder de vista lo afirmado por Ariano (como se citó en Merino, s.f.) en el sentido que:

las impugnaciones (...) son una suerte de «garantía de las garantías», en buena cuenta una garantía del debido proceso mismo, porque son el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte del juez *a quo* y, por el otro, para permitir corregir (lo antes posible) los errores del mismo. (p.3)

Atendiendo al primer supuesto planteado por Ariano, la impugnación es el “acto que consiste en objetar, rebatir o contradecir cualquier acto jurídico procesal que provenga de las partes, de un tercero legitimado, del juez, de un órgano de auxilio judicial, de un auxiliar jurisdiccional o de los abogados (de cualquier sujeto del proceso)” (Cárdenas, 2015, p.222).

Ahora bien, dentro de nuestro sistema es el recurso de apelación el que permite la materialización de la doble instancia, reconocida en el artículo X del

Título Preliminar del Código Procesal Civil. En tal sentido, es importante tomar en cuenta que:

La apelación de sentencias, a estar al severo régimen de preclusiones de alegación y de prueba a las que se ha sometido a las partes, ha sido consagrada sustancialmente como una *revisio prioris instantiae*, por lo que el juez de apelación debe pronunciarse en base sustancialmente al material de primera instancia (cita omitida) y, a la par, se ha dotado a tal juez del poder oficioso de anular lo actuado en aquella. Y dado que este último poder no tiene precisos límites (...) no son pocas las ocasiones en que los jueces de apelación en lugar de emitir la resolución sustitutiva de la primera, la rescinden reponiendo el proceso al primer juez, vale decir retrocediendo a estadios procesales que ya deberían haberse superado. (Ariano, 2016, p. 33)

A través de la apelación se pueden revisar los errores *in iudicando* y los errores *in procedendo*. Los primeros vinculados a normas de carácter sustantivo, mientras que los segundos vinculados a normas de carácter adjetivo. En este contexto, según lo dispuesto en el artículo 364 del Código Procesal Civil “el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”. Repárese en lo siguiente:

Si alguien no se encuentra conforme con lo dispuesto en una resolución judicial y desea cuestionarla, jamás podrá solicitar la nulidad de la resolución judicial, porque la nulidad es un remedio que, únicamente procede contra los actos no contenidos en resoluciones judiciales y en caso ocurra esto, el juez se encontrará en la obligación de declarar liminarmente la improcedencia de dicha nulidad, por haberse vulnerado el principio de adecuación señalado en el artículo 358 del Código Procesal Civil. (Loayza, 2015, p. 200)

Por su parte el recurso de casación, al ser un recurso extraordinario, no puede servir para cuestionar el fondo de las sentencias de vista emitidas en segunda instancia.

Una mirada más profunda a su naturaleza, obliga a señalar que es una institución relativamente moderna, el Derecho francés juega un rol de trascendental importancia en su consolidación, incluso antes de la revolución francesa.²⁷ Sin embargo, no se puede perder de vista pronunciamientos como el De la Rúa (citado en Yaipén, 2012):

Para el mejor aprovechamiento del resultado del estudio histórico es necesario determinar la característica fundamental de la casación, que es la limitación de su eficacia y de su ámbito a las cuestiones de derecho, a la interpretación y a la aplicación de la ley, y dentro de ese sendero es de destacar tres etapas: a) la idea de origen romano por la cual una sentencia injusta por error de derecho debe considerarse más

²⁷ De esta forma y en palabras de Calamandrei (como se citó en Glave, s.f.) “la casación en realidad está presente desde mucho antes en la justicia francesa. Calamandrei nos explica que antes de la revolución francesa se pueden encontrar los orígenes de la casación porque en los últimos años del antiguo régimen los Parlamentos, que eran los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional en el imperio en nombre del rey, muchas veces expresaban su oposición al rey en sus decisiones. Por lo que, con el afán de reafirmar su autoridad, el monarca concedió a las partes la demanda en casación con lo que el rey comenzó a tener la facultad de revisar y anular las sentencias que afectaran las normas expedidas por él. Por ello, antes de la revolución francesa, las bases de la casación ya estaban dadas: un mecanismo para concentrar el poder. La diferencia, luego de la revolución francesa, es que con la ruptura del antiguo régimen ese poder, en campo del derecho, ya no estaría concentrado en el rey” (p.104). El mismo autor (como se citó en Yaipén, 2012), afirma que “este instituto procesal, tal como lo encontramos en los Estados modernos, resulta de la unión de dos institutos que recíprocamente se compenetrán y se integran, uno que forma parte del ordenamiento judicial – político: la Corte de Casación, y el otro, de un instituto que pertenece al derecho procesal: el recurso de casación; además, explica que, por primera vez, estos dos institutos se unieron en el complejo que recibe el nombre de casación, en la Revolución Francesa, en un Decreto de la Asamblea Revolucionaria” (p.83). A ello se puede agregar lo señalado por Velasco (1994) en el sentido que “sobrevinida la Revolución francesa, constituidos los poderes de acuerdo con los principios pregonados por Montesquieu, la primera idea de los legisladores de entonces fue la de establecer una entidad cuya función tendiera a hacer respetar las normas dictadas por el poder legislativo, y destruir todo acto proveniente del poder judicial que las contraviniese. El 12 de noviembre de 1790 culminaron los debates referentes a un tribunal de casación, con el fin de invalidar «todos los procedimientos en los cuales las formas hubiesen sido violadas, y toda sentencia que contuviera una contravención expresa al texto de la ley»” (p.51).

gravemente viciada que la injusta por un error de hecho; b) la concesión a las partes de un remedio diverso de los demás otorgados para el caso de simple injusticia, lo que reconoce más reciente origen; y c) la incorporación como motivo de recurso de los errores in procedendo, que deriva del derecho intermedio. (p.84)

Dentro del Estado peruano, la casación como tal fue introducida en la Constitución de 1979, específicamente en el artículo 241 en los siguientes términos: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala”. A ello se puede agregar lo manifestado por López (s.f.) en el sentido que:

Nada más designó la función de conocimiento de la Corte Suprema de este medio impugnatorio, diferenciándose de una instancia más. Ahora bien, desde su primera regulación legal (rectius, el Código Procesal Civil de 1993), nuestro Recurso de Casación ha seguido algunas líneas históricas del modelo francés²⁸ y otras tantas del español²⁹, producto de

²⁸ Según Ramírez (s.f.) “el sistema francés reenvía el expediente al mismo tribunal que dictó la sentencia o a otro de igual jerarquía o grado para que emita nuevo fallo. La decisión no obliga al juez receptor, quien puede insistir en el fallo anterior, originando que suba por segunda vez y que, a su vez, el Tribunal de Casación insista en su decisión casatoria, originándose un doble reenvío. Si el segundo juez de reenvío persiste en pronunciar una sentencia similar a la dos veces casada, se produce el *referé obligatoire* al cuerpo legislativo, que dicta un decreto de interpretación de la ley” (p.122).

²⁹ Al respecto véase a Glave (s.f.) para quien “...uno de los primeros datos doctrinales y legislativos orientados a regular la casación como la hemos entendido en nuestros días ocurrió en España. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1852 se regula sistemáticamente el recurso de casación y lo más resaltante es que se establecían entre las causales para interponer el recurso de casación la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, el quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio, o el error basado en la apreciación de la prueba, y además se señalaba que el órgano de casación podía resolver el fondo del asunto en alguno de los casos que hubiera casado la sentencia impugnada. Específicamente el artículo 1745 establecía que en el caso que se declare fundado el recurso de casación interpuesto por considerar que se ha incurrido en infracción de la ley o doctrina legal, el mismo Tribunal Supremo además de casar la sentencia, dictará otra resolviendo el fondo del asunto” (p.105). De manera específica “el sistema español tiene como base el hecho de que si el Supremo Tribunal casa la sentencia, debe resolver lo que corresponda. Se evita en lo posible el reenvío, salvo que se trate de un vicio in procedendo que hace inevitable la devolución al juzgador de origen. La diferencia con el sistema alemán es que en este sistema la decisión de reenvío no está en manos del

la indudable influencia que han ejercido dichas legislaciones en nuestro derecho. (p.2)

En palabras de Glave (s.f.) “dentro de un Estado de Derecho la casación se desarrolla y sufre cambios generando que surjan las otras finalidades de esta institución que, en el Perú, siempre hemos conocido” (p.105), señalando en este contexto que:

Tan solo medio siglo después de la creación del primer Tribunal Casacional (en alusión a Francia) se expidió una ley que derogó el Recurso de Urgencia Obligatorio, precisando que si un caso llegaba por segunda vez al Tribunal como consecuencia de una segunda casación el juez debía resolver conforme a lo que decía el Tribunal Casacional. Aquí se evidencia claramente que dicho Tribunal dejaba de ser un órgano político para convertirse en uno jurisdiccional, pues su decisión pasaba a ser vinculante para el juez, es decir se encontraba diciendo derecho y dejando de lado su función original puramente negativa. (p.105)

En este sentido, se ha dicho acertadamente que “la defensa del Derecho sustantivo y la unificación de su interpretación, tienen por fundamento el interés público; pero la institución tiene también un interés privado, que consiste en resarcir el perjuicio inferido al particular por la sentencia” (Velasco, 1994, p.52). Así, se considera que el recurso de casación:

Es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por la Ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) revise y reforme o anule las resoluciones expedidas en revisión por las Cortes Superiores que pongan fin al proceso y que infringen las normas de derecho material, la doctrina jurisprudencial, las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Hinostroza (como se citó en Yaipén, 2012, p.103)

Tribunal sino que la ley procesal, casuísticamente, le indica lo que debe hacer en cada caso” (p.122).

El autor mencionado, agrega que en las dos definiciones anteriores, se incluye el efecto que tiene el recurso de casación: anulación o revocación, estableciéndose además las causales o motivos que dan sustento a su procedibilidad.

Entonces se puede afirmar que el recurso de casación tiene dos finalidades: garantizar la correcta aplicación e interpretación de la norma y buscar la uniformidad de la jurisprudencia. En este contexto se han pronunciado diversos autores.

Para Velasco (1994) el recurso de casación persigue dos fines “un fin principal, que por consistir en la tutela de la ley y en la unificación de su interpretación, reviste un carácter de eminente interés público; y un fin secundario, que mira al que concretamente persigue el recurrente y que, por lo tanto, se funda en un interés privado o particular” (p.52). El mismo autor considera que el carácter secundario no resta importancia al recuso, si se toma en cuenta que la casación operará siempre que sea utilizado por quien se siente perjudicado, debido a que no existe de oficio.

Ahora bien, por su parte Monroy (s.f.) estima conveniente señalar que a diferencia de otros recursos, el de casación “tiene fines trascendentes” (p.27), pues se vinculan a cuestiones extra-procesales, traducidos por un lado en la función pedagógica³⁰, y por otro en la uniformización de la jurisprudencia³¹.

³⁰ Esta función, consiste en “enseñar a la judicatura nacional en general, cuál debe ser la aplicación correcta de la norma jurídica. Asimismo, la función pedagógica alcanza, además, a la interpretación correcta de la norma jurídica. Esto es posible dado que el recurso de casación implica la existencia de una Corte de casación, vale decir, de un órgano jurisdiccional que con carácter especializado se dedique a «casar». Dada la transcendencia del recurso, todos los países que lo tienen regulado, conceden esta facultad casatoria al órgano jurisdiccional más elevado. Como resulta obvio, la función pedagógica y de ilustración antes aludida se realiza con mayor autoridad desde el lugar más elevado que debe cualquier otro” (Monroy, s.f., p.27).

³¹ Según este fin “la casación pretende que las decisiones judiciales, al organizarse alrededor de las pautas que la Corte de casación da, encuentren organicidad y unicidad, la que a su vez debe producir varios efectos secundarios. Así, la uniformidad de la jurisprudencia permitirá que no se inicien procesos que de antemano se advierte no van a tener acogida en los órganos jurisdiccionales. Si mientras se sigue un proceso se expide una decisión casatoria en otro con elementos idénticos, se podrá

No obstante ello, López (s.f.) considera respecto a lo establecido en el artículo 384 del actual Código Procesal Civil, que la casación “tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia” (p.9). Agregando que:

Una regulación, sin duda, que se aleja de las clásicas y actuales regulaciones en el resto del mundo de este recurso que siempre buscó la correcta aplicación del derecho. Tengamos en cuenta que estos nuevos fines no fueron los que instituyeron este medio impugnatorio originariamente cuando entró en vigencia nuestra actual ley procesal civil, toda vez que antes de esta reforma del artículo 384 (que se hizo en virtud de la Ley N° 29364 del 28 de mayo de 2009), se señalaba en ese mismo dispositivo que los fines esenciales de la Casación eran la correcta aplicación e interpretación del derecho y la unificación de la jurisprudencia nacional. (p.9)

Siguiendo a Monroy (Como se citó en Franciscovic y Torres, s.f.) el recurso de casación tiene como funciones la nomofiláctica³² asociada a la defensa de la ley y la uniformadora de la jurisprudencia, los que ha considerado como determinadamente extraprocesales, a ellos agrega un fin más, al que califica de contemporáneo, y lo expone señalando que permite:

alegar a favor en éste -y con considerable contundencia- el criterio de la corte de casación. El artículo 384 del Código Procesal Civil describe los fines de la casación” (Monroy, s.f., p.27).

³² Al respecto Glave (s.f.) indica que “la función nomofiláctica que debe ejercerse en el paradigma del Estado Constitucional es aquella que busca garantizar un correcto método interpretativo entendiendo que no existe una única solución justa que, en realidad, no existe. La clave está en garantizar una interpretación orientada sobre la base de criterios lógicos, sistemáticos y que principalmente que otorguen legitimidad al método utilizado para así lograr una mayor justicia en la decisión” (p.109). El mismo autor sostiene que “este actualizado entendimiento de la función nomofiláctica no es otra cosa que verificar el respeto del principio de constitucionalidad. Al tener por finalidad, no llegar a una única solución justa que sería coherente a la aplicación del principio de legalidad, sino garantizar un adecuado método interpretativo por el cual, a través de una motivación razonable y proporcional se llega a una decisión, lo que se está haciendo es verificando la constitucionalidad de esa decisión. Haciendo ello la Corte Suprema cumpliría el rol que le corresponde en el Estado Constitucional” (p.109).

Reivindicar el carácter justiciero del medio impugnatorio. Como sabemos, el uso de un nuevo recurso tiene por objeto evitar que el error cometido por un juez produzca un agravio definitivo, sobre uno de los litigantes. Precisamente, el tercer fin que describimos pasa a un segundo plano el carácter extraordinario de la casación y, en contraste, reivindica para ella su naturaleza impugnatoria y sobre todo recursiva, es decir, su afán de provocar la consecución de una decisión más acertada, y por ello casi siempre más justa”. (p.15)

Los mismos autores citando a Viale, dan cuenta de la existencia de tres finalidades, agregando a las antes mencionadas la función dikelógica, que de manera específica busca “hacer justicia del caso concreto; apareciendo así como un medio impugnativo (recurso) impulsado por el particular que sufre un agravio de la sentencia” (p.15). De materializarse esta función se podría hablar de la posibilidad de pronunciamiento respecto a la indemnización o adjudicación preferente de bienes, en los términos de la valoración que se hace de un recurso ordinario como es la apelación³³.

No obstante ello, se comparte la posición de Glave (s.f.) cuando señala que “la función nomofiláctica es, en estricto, la primera y auténtica finalidad del recurso de casación y es entonces principalmente esta finalidad la que tiene que ser analizada a la luz del paradigma de ordenamiento jurídico que tenemos en la actualidad”³⁴ (p.108), sin olvidar claro está la uniformadora.

³³ Debe quedar claro que de los fines establecidos fluye una realidad insoslayable planteada por Ramírez (s.f.): “No se trata de una tercera instancia «extraordinaria» como la que hemos tenido, pues la casación consiste, exclusiva y excluyentemente, en el examen de las cuestiones de derecho de la sentencia impugnada. Este es su aspecto fundamental. Quedan descartadas las cuestiones de hecho; es decir, los jueces supremos no tienen ya que merituar la prueba aportada por las partes ni las conclusiones a las que ha llegado el inferior al analizarlas (salvo los excepcionales casos basados en la teoría del absurdo y la arbitrariedad, como por ejemplo, cuando el juez al analizar un documento dice que contiene un contrato cuando en realidad contiene un testamento). Su labor es puramente jurídica, esto es, decir si el derecho objetivo aplicado o interpretado en la sentencia no tiene objeciones ni reparos que obliguen a anularla” (p.123).

³⁴ No se puede perder de vista lo manifestado por Taruffo (como se citó en Glave, s.f.), quien reflexiona sobre los alcances de la finalidad nomofiláctica bajo los siguientes

Finalmente, no se puede perder de vista lo afirmado por Parodi (s.f.) respecto a los formalismos excesivos que puede tener la casación, considerando en este supuesto que:

Si entre sus objetivos no se encuentra la realización de la justicia, si no presupone el aspecto axiológico y si no contribuye, por sus características, a disminuir las discriminaciones y desigualdades que se observan a simple vista en el mundo de hoy, entonces solo caben dos opciones: o se modifica drásticamente o se le elimina.

El mismo autor citando a Calamandrei sostiene que esta última posibilidad no debe provocar estupor ni llamar a escándalo, posición que compartimos pues como ya mencionamos, a través del recurso de apelación se satisface el derecho a la pluralidad de instancias, y a pesar de las buenas intenciones que se tuvo con la incorporación de la casación al sistema, hasta el día de hoy no se ha conseguido mantener la esencia de los fines que persigue, pese a las diversas y constantes modificaciones introducidas.

términos: “es falso pensar que la interpretación de una disposición legislativa, o de cualquier norma, determina el significado exacto de la norma, es decir que sea correspondiente con cánones objetivos y rigurosos sobre la base de un cálculo. Evidentemente esta interpretación correspondería a la función nomofiláctica de la casación en sus orígenes, pues así se buscaba garantizar su correcta aplicación, entendiendo que se trataba de una norma general, abstracta y entendida en los términos del principio de legalidad del siglo XVIII y XIX. Por ello, en la actualidad, se dice que una nomofilaquia formalista no tiene sentido, pues no significaría una defensa de la ley, sino una defensa de una interpretación formal de la ley. La función nomofiláctica en tiempos del estado Constitucional más bien atiende a la exactitud del método de interpretación de la ley, pues de esta forma se busca garantizar que la elección de la interpretación esté fundada en las mejores razones, sean estas lógicas, sistemáticas o valorativas. Lo que se quiere decir con ello es que en realidad a través de la función nomofiláctica se da una corrección del procedimiento de elección utilizado para la interpretación de la ley. (Cita omitida) en este sentido menciona que «se tiene método justo y, por tanto, exactitud metódica de la decisión cuando esta se encuentra razonablemente justificada tanto bajo el perfil interno (de la coherencia entre premisas y conclusiones), como bajo el perfil externo (de la fundabilidad y aceptabilidad de las premisas). Es, sobre todo, bajo este segundo perfil que, atendiendo al fundamento de las opciones que determinan la decisión interpretativa, se conecta la exactitud del método con la justicia de la decisión». Y es claro que ello tiene una relación directa con la finalidad nomofiláctica de la casación, pues mediante esta nueva concepción de defensa de la ley, a través de una interpretación que no puede ser absolutamente formal como lo sería en el modelo del Estado de Derecho ya dejado atrás en el tiempo, la Corte Suprema logra cumplir su función en un Estado Constitucional” (p.108).

2.2. Marco conceptual

- Divorcio: “Es la disolución jurídica definitiva de un matrimonio” (Tamez y Riberiro, s.f.)
- Separación de hecho: “Es la constatación fehaciente que debe hacer el Juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos por apartarse uno del otro dejando de lado el deber marital de convivencia o de la vida en común” (Miranda, s.f.)
- Derecho de defensa: “Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades” Cruz, (2015, p.3).
- Pluralidad de instancias: “Se trata del ejercicio del derecho al recurso impugnatorio” (Valcárcel, s.f.)

2.3. Antecedentes empíricos de la investigación

a. Antecedentes internacionales

Al realizar la exploración pertinente, se identificaron tesis internacionales, que resaltan la importancia de la incorporación del divorcio remedio dentro de los ordenamientos jurídicos, pero en ningún caso abarcan el tema de la identificación del cónyuge perjudicado y la indemnización, en los parámetros planteados a través de esta investigación, que centra su atención en la posibilidad que tienen las salas superiores de pronunciarse por primera vez al respecto, en mérito a la flexibilización de principios, sustentada a través de un precedente. Contexto en el que se produce la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Ponce, M. (2018), sustentó la tesis: *El divorcio en el Derecho chileno: Críticas y propuestas*, en la Universidad de Chile, para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. A través de la investigación se llegó a diversas conclusiones de las que se puede resaltar las siguientes:

Actualmente, el divorcio en nuestro país es regulado mediante los sistemas de divorcio por culpa y divorcio por cese de la convivencia. Ambas modalidades presentan aspectos problemáticos en relación con el moderno derecho de las familias, caracterizado por las corrientes de contractualización y constitucionalización y por la influencia del derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto al divorcio sanción, su incorporación supone adoptar una forma de regular la ruptura conyugal que resulta perjudicial para la familia, en consideración a la lógica punitiva que le subyace. La necesidad de atribuir una causal subjetiva, consistente en la culpa del otro cónyuge, convierte el procedimiento de disolución del vínculo matrimonial en un escenario de hostilidad que degrada las relaciones familiares hacia el futuro y afecta a los hijos. Asimismo, la exposición de aspectos de la vida privada de los cónyuges atenta en contra de los derechos fundamentales de intimidad y dignidad. Sumado a esto, la culpa resulta inadecuada como criterio de determinación de la responsabilidad de la ruptura, en consideración a la dinámica familiar, que supone comportamientos que se retroalimentan de manera bilateral entre los cónyuges.

Por su parte, si bien el divorcio por cese de la convivencia permite superar el carácter adversarial del divorcio sanción, al estar regulado en base a una causal objetiva, presenta igualmente aspectos criticables, entre los que se encuentran su judicialización y la exigencia de plazos significativos de cese de la convivencia para su otorgamiento.

Ruiz, X. G. (2016), sustentó la tesis: *El divorcio sin expresión de causal en la legislación ecuatoriana*, en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, para optar el título de abogada. A través de la investigación se llegaron a las siguientes conclusiones:

- La información que se ha podido recabar acerca del matrimonio sin causal, su historia, fundamentos y características resulta de vital importancia para entender el fin que persigue y la trascendencia del mismo en la realidad actual de la familia y el rol que desempeña.
- La factibilidad de la implementación del divorcio sin expresión de causal es sin duda posible en la realidad ecuatoriana a pesar de que resulta compleja, por las connotaciones morales que tiene, no obstante que la moral y el derecho son ámbitos distintos, se ha observado que en materia familiar (y particularmente en el tema de divorcio) existe una gran participación e influencia de la moral en ésta rama de derecho, ello no impide que sea totalmente además necesaria su implementación en nuestra legislación.
- Después del análisis de una parte importante del Derecho de Familia que abarca el matrimonio y una de sus formas de terminación: el divorcio, sostengo que requiere urgentemente de una evolución a la luz de los postulados del derecho de familia pos moderno, con la incorporación del divorcio incausado por voluntad unilateral.
- Existe una obsolescencia de las normas que regulan el divorcio, ya que no se puede concebir que en pleno siglo XXI resulta absurdo que la función jurisdiccional se estanque en la culpabilidad sobre la terminación del matrimonio, cuando el hecho es simple y complejo a la vez, el matrimonio terminó sin importar quien lo provocó (Salvo que se requiera el resarcimiento de daños y perjuicios)
- Resulta urgente, necesaria y de vital importancia implementar este tipo de divorcio en la normativa ecuatoriana ya que la misma ampara el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas, evitando así el menoscabo de sus derechos.

Guerrero, M. (2013), sustentó la tesis: *Análisis sobre la aplicación del divorcio incausado en el Estado de México*, en la Universidad Autónoma del Estado de

México, para optar el título de Licenciado en Derecho. A través de la investigación se llegaron a diversas conclusiones de las que se puede resaltar:

Décima Tercera.-Bien es cierto que el divorcio incausado podría evitar infinidad de problemas dentro de la familia, pero si somos realistas el divorcio se da, terminando así con el matrimonio, pero los problemas no terminan ahí, es por lo que se deben implementar tanto, profesionales en psicología, trabajo social y demás personas capacitadas para mejorar ese nuevo estatus de vida, porque es un hecho que aunque se decrete la disolución del matrimonio los problemas aún siguen, ya que si bien no hubo tanto conflicto por dicha disolución, si lo hay por lo que trae aparejado el matrimonio como lo son los alimentos, la patria, potestad etc.

Décima Cuarta.- En el Estado de México, el divorcio incausado, bien podría ser una evolución jurídica, pero para lograrlo, es necesaria su consistencia, atacando aquellas controversias que se han suscitado a partir de la implementación de este tipo de divorcio, como lo es si es violatorio ó no de garantías, que si es inconstitucional, etc., el multicitado divorcio incausado en el Estado de México, debe de ser moldeado, implementando nuevas figuras que permitan erradicar los problemas que vienen después de la disolución del matrimonio, terminando así con aquellas controversias, pues la incursión de dichas figuras podría mejorar el divorcio incausado, para que sin duda estemos en vías de progreso y no se violente ningún derecho consagrado en nuestra ley suprema.

Ibáñez, Y. A. (2008), sustentó la tesis: *Divorcio por consentimiento mutuo*, en la universidad Mayor, Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca, para optar al grado de Magister en Administración de Justicia-Versión 1. A través de la investigación se llegaron a las siguientes conclusiones:

- El divorcio ha existido y existe en el mundo y Bolivia no es la excepción y a los matrimonios destruidos que llevan separados más de dos años

se los está obligando actualmente a seguir un proceso ordinario solemne con trámites largos para obtener la disolución del vínculo matrimonial.

- En los hechos, muchas veces inclusive las partes invocan la causal de divorcio prevista en el Art. 131 del Código de Familia para evitarse la vergüenza de invocar causales más graves.
- El proceso actual de divorcio en Bolivia como se tiene dicho es largo inclusive en los casos de matrimonios separados por más de dos años y muchas veces trae nuevamente a colación las verdaderas causas de la separación haciendo que surjan nuevamente los rencores de las partes causándoles daño moral a ellos y a sus hijos sobre todo a los menores de edad que no entienden porque sus padres están en un pleito largo.
- La causal de divorcio por consentimiento mutuo existe en la legislación comparada inclusive en países vecinos y países conservadores como España y analizadas las entrevistas a Vocales y Jueces que conocen procesos de divorcio como a los abogados y litigantes existe la necesidad de su implementación en Bolivia.
- La implementación de la propuesta en Bolivia disminuiría además la carga procesal de los juzgados y favorecería el proceso de administración de justicia.

b. Antecedentes nacionales

A nivel nacional, se identificaron dos tesis vinculadas al divorcio remedio, cuyas conclusiones consideramos de utilidad para nuestra investigación, incluso una de ellas está centrada en los criterios que deben ser utilizados para la identificación del cónyuge más perjudicado, pero se reitera una vez más no se halló ninguna con el enfoque de esta investigación.

Por otro lado, se consideró pertinente traer a colación una tesis vinculada a la doble instancia, en atención a que a través de la investigación se cuestiona su vulneración, junto a la del derecho de defensa. Además, de otra referida a la prueba de oficio, ello tomando en cuenta la flexibilización del principio dispositivo, utilizada de manera frecuente pero que tampoco enfocan el tema

desde nuestra perspectiva, corresponde entonces poner en relevancia que no se encuentran estudios específicos sobre la materia.

Ello permite concluir, que nuestro tema materia de investigación ha sido abordado en las tesis cuyas conclusiones a continuación se presentan, en sentido diametralmente opuesto a lo que se propone con esta tesis.

Correa, L. C. W. (2019), sustentó la tesis: *Prueba de oficio y proceso: Una mirada desde el Estado Constitucional*, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para optar el grado de Magister en Derecho Procesal. A través de la investigación se llegaron a diversas conclusiones de las que se pueden resaltar las siguientes:

- Los derechos fundamentales desde el Estado constitucional no solo cumplen una función valorativa, sino que también le confieren al proceso y a las instituciones procesales (por ejemplo: prueba de oficio) un determinado contenido constitucional que permita de esta manera establecer los límites, pero al mismo tiempo las exigencias de protección de los intereses individuales o colectivos (tutela judicial efectiva o debido proceso, según corresponda). Ahora, si bien en el Estado Constitucional se deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores de justicia (jueces) para poder fundar sus decisiones de acuerdo a lo que consideren justo en cada caso, esto no conlleva a que no deba justificar su decisión, a través de la debida motivación (interpretación o ponderación de derechos u otros); siendo ella uno de los mecanismos de legitimidad (interna y externa) de sus decisiones en este paradigma.
- En cuanto a las «pruebas de oficio» en realidad se refieren al accionar concedido a los jueces para que, de concurrir los supuestos habilitantes, puedan decretar de manera complementaria la actuación de medios de prueba de oficios que sean adicionales a los presentados por las partes con el propósito de esclarecer alguna de las hipótesis fácticas alegadas; debiéndose respetar, para ello, las garantías -máximas- que exige el debido proceso, y que le permita al juzgador emitir una decisión fundada en derecho.

- Aquí el juez podría encontrarse ante dos supuestos: i) Si en el caso en concreto el juzgador no observa insuficiencia probatoria, le correspondería aplicar los estándares de prueba – carga de la prueba a las partes (incluido la carga dinámica de la prueba); y, ii) Si en el caso en concreto el juzgador observa insuficiencia probatoria, al juzgador le correspondería aplicar prueba de oficio, según sea el caso. Sin embargo, en este último ítem, debemos mencionar que se podrían dar dos situaciones más; por ejemplo: i) La insuficiencia probatoria por ausencia de pruebas; y, ii) La insuficiencia en sentido estricto o empate probatorio.
- En el primer caso (insuficiencia probatoria por ausencia de pruebas), al juez no le correspondería incorporar prueba de oficio, debido a que dicho accionar a nuestro entender suplantaría a alguna parte (a quien debió probar y no lo hizo), rompiendo con ello las garantías del debido proceso; reconociendo, solo una excepción, cuando estemos en un caso donde una de las partes no tenga la mismas posibilidades de probar por razones económicas, políticas, etc. (por ejemplo: un madre no pide prueba de ADN para determinar la filiación de su hijo por falta de recursos económicos, el Juez, por su parte, puede decretar dicha prueba como de oficio, predominando el interés superior del niño); en cambio, en el segundo caso (ante la situación de que quien probó no le alcanzó para superar al grado de prueba de su contraparte), si le correspondería incorporar medios probatorios complementarios para generarse certeza; esto es, pruebas de oficio.
- La incorporación y actuación de medios probatorios de oficio (o complementarios) no deriva del ejercicio de algún derecho de las partes u otros sujetos procesales, sino del rol del juez derivado del Estado constitucional, que más que facultad vendría ser un poder-deber, como hemos explicado líneas precedentes.
- Por otro lado, también se tiene que dentro del Estado constitucional se justifica plantear un modelo de razonamiento para decretar prueba de oficio en un proceso; el cual tendría los siguientes parámetros: 1) análisis constitucional de los derechos en litigio en el caso en concreto: caso constitucional; 2) determinar si estamos en un caso en concreto

con insuficiencia probatoria o no, 3) el empleo de la tesis de la ponderación como eje del control constitucional; y, 4) compatibilidad o incompatibilidad constitucional de la prueba de oficio.

Calisaya, A. A. (2016), sustentó la tesis: *La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho: criterios para la identificación del cónyuge más perjudicado*, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para optar al grado de Magister en Derecho Civil. A través de la investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

1. El régimen actual de divorcio es un régimen complejo en el que cohabitan tanto el divorcio sanción, como el divorcio remedio y el divorcio incausado. En el Perú, si bien el divorcio ha sido regulado desde el año 1930, durante toda su evolución, e incluso actualmente, se ha enfrentado con opositores y con reparos por cuestiones de orden moral. Dichos reparos de orden moral no han permitido una adecuada comprensión de la función que cumple el divorcio ni una adecuada regulación de sus consecuencias, específicamente, patrimoniales. El divorcio se sigue viendo según el esquema de “inocente-culpable”. Sin embargo, hemos apreciado en el capítulo primero como ha ido evolucionando el divorcio, por lo que las esperanzas de perfeccionamiento de nuestro régimen divorcista siguen intactas.
2. La naturaleza jurídica de la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil es la de una obligación legal indemnizatoria que tiene por acreedor al cónyuge más débil económicamente, independientemente de cualquier alegación de culpabilidad, ello por cuanto la finalidad primordial es velar por la estabilidad económica y no la de resarcir daños imputables a uno de los cónyuges y por sólo concederse en la separación de hecho, que es un divorcio no culpable.
3. El artículo 345-A del Código Civil contiene una serie de deficiencias. Entre ellas podemos señalar que no contiene una descripción precisa que permita determinar la naturaleza jurídica; su aplicación dentro del régimen de divorcio es incompleta, puesto que no incluye dentro su protección los casos

de divorcio sanción; no es clara la compatibilidad de la indemnización por inestabilidad económica con el derecho de alimentos entre cónyuges; la forma de prestación de la indemnización no es flexible, sólo se contempla la posibilidad de un pago único, sin embargo, debería regularse la renta vitalicia para casos excepcionales; no contiene criterios que permitan la identificación del cónyuge perjudicado ni criterios que permitan la cuantificación del monto de la indemnización. En ese sentido, se debe pensar en realizar una reforma que permita subsanar estas deficiencias que de una u otra forma pueden generar injusticias.

4. Se ha constatado una evolución en el entendimiento de la indemnización por inestabilidad económica. Al principio (entre los años 2001-2011) su enfoque y los criterios que se usaban eran meramente culpabilísticos, se buscaba al cónyuge culpable y se resarcía al cónyuge inocente (quien era el abandonado, el agraviado por la violencia o por la infidelidad). En una segunda etapa (del 2011 a la actualidad), marcada por el tercer pleno casatorio civil, se ha producido un cambio parcial de enfoque en donde confluyen criterios de orden objetivo (edad, salud, decisiones de los cónyuges en favor de la familia) y de orden subjetivo (infidelidad, intención de divorciarse, violencia física o psicológica, incumplimiento de obligaciones alimentarias)
5. El cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, y beneficiario de la indemnización regulada por el artículo 345-A del Código Civil, no debe ser identificado como el cónyuge abandonado, agraviado por violencia o infidelidad, sino debe ser identificado como el cónyuge que sufre la inestabilidad económica y para cuya identificación, además, deberá tomarse en cuenta datos objetivos como el patrimonio y los ingresos previsibles de los cónyuges tras el divorcio; la situación laboral de los cónyuges; el régimen patrimonial del matrimonio; las decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos; situación previsional y de seguridad social; duración de la vida común; la existencia de una unión de hecho impropia durante la separación de hecho; las probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar actividad

lucrativa; la edad; el estado de salud; el grado de instrucción y la experiencia laboral; el aporte a la actividad del otro cónyuge; entre otras circunstancias, cuidando siempre de excluir criterios culpabilísticos que nada tienen que ver con la indemnización estudiada.

Núñez del Prado, F. (2015), sustentó la tesis: *Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano*, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para optar el título de Abogado. A través de la investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

1. La doble instancia no es un principio constitucional. Se trata, en realidad, del corolario de una ponderación defectuosa. El constituyente colocó a un lado de la balanza la necesidad de eliminar el error judicial y, al otro, el derecho a un plazo razonable. Ciertamente los principios que se ponderaron son bienes constitucionales; sin embargo, la doble instancia, como defectuosa secuela de una ponderación, no lo es.
2. La doble instancia no es más que una herramienta para corregir las externalidades negativas que se generan como consecuencia de la predeterminación legal del Juez. Si las partes tuviesen la posibilidad de designar a sus Jueces, no habría necesidad de apelar. No tiene sentido impugnar la decisión de personas en las que se confía plenamente.
3. La apelación cumplía una función en el derecho romano. En tanto el Emperador era infalible, no solo se mitigaba sino que se eliminaba el riesgo de error judicial. Sin embargo, no se debe perder de vista que la auténtica finalidad de la apelación en Roma –antes que lograr la justicia en el caso concreto– era la concentración de poder del Emperador. En ese sentido, resultan curiosas las tesis que propugnan que la proposición de una sola instancia en el proceso civil peruano es una medida autoritaria y hasta arbitraria cuando la historia revela nítidamente que esa era precisamente la función que explica el origen de la doble instancia.

4. Un proceso nunca debe durar lo que debe de durar sino lo que el derecho material se lo permite. Muchas veces el derecho material no permite dos instancias. En ese sentido, si realizamos un análisis marginal de la duración de algunos procesos, podríamos advertir que con frecuencia el derecho material que reclama tutela no tolera dos instancias.

Álvarez, E. M. (2006), sustentó la tesis: *Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o solución?*, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para optar al grado académico de Magister. A través de la investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

1. La regulación de la causal de separación de hecho permite una solución legal dentro de nuestro sistema, a los casos de cónyuges alejados de manera definitiva, faltando al deber de cohabitación, precisamente porque habían encontrado otra pareja con la cual realizar su meta como integrante de una familia, lo cual ocasionaba un desorden social.
2. El establecimiento de las dos nuevas causales, no afecta la estabilidad de la institución matrimonial o de la familia de por sí, porque los problemas se generan al interior de la relación, no porque la legislación pueda considerarse permisiva, o porque se facilite una “vía de escape” para los matrimonios frustrados.
3. No se vulnera el principio de protección constitucionalmente consagrado de protección a la familia como tampoco el de promoción al matrimonio, pues se ha legislado en función a la permisividad que la propia norma constitucional prevé, para la regulación legal de las causas del divorcio.
4. La invocación de una casual como consecuencia de la decisión precipitada y muchas veces inmadura, con la que se decide contraer matrimonio, guarda relación con la necesidad de preparar adecuadamente a los futuros contrayentes, la edad y la experiencia, evaluar de manera un tanto más

objetiva (no total porque se debe tener en cuenta que el amor es un sentimiento que no permite muchas veces ser objetivo) la opción de casarse.

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis general

Se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en procesos de divorcio por causal de separación de hecho celebrados a nivel nacional en el periodo comprendido entre los años 2014 a 2018.

3.1.2. Hipótesis específicas

1. Se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias al integrar la sentencia en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho.
2. Se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias al disponer en segunda instancia la indemnización frente a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal establecida en primera instancia en casos de divorcio por la causal de separación de hecho.

3.2. Categorías de estudio

Tabla 1: Categorías y subcategorías

Categorías	Subcategorías
Divorcio por causal de separación de hecho.	<ul style="list-style-type: none">- Divorcio sanción y divorcio remedio.- Separación de hecho.- Efectos del divorcio por causal de separación de hecho.- Principio de preclusión.- Principio dispositivo.
Derecho de defensa.	<ul style="list-style-type: none">- Apelación.
Derecho de pluralidad de instancias.	<ul style="list-style-type: none">- Casación.

Elaboración propia.

CAPÍTULO IV METODOLOGÍA

4.1. Tipo y nivel de investigación

a. Tipo de investigación

Dogmática, en atención a lo manifestado por Sánchez (2011) en el sentido que este tipo de investigaciones tiene dos niveles: hermenéutico y teórico-dogmático (o simplemente dogmático). Siendo aplicable el primer nivel, que “se dedica a hacer hermenéutica (o interpretación) de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas...” (p. 337).

b. Nivel de investigación

Explicativo, si se toma en cuenta que este tipo de investigaciones “van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre los conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.95)

4.2. Unidades de análisis

Ejecutorias emitidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema en el período comprendido entre los años 2014 al 2018, en casos de divorcio por causal de separación de hecho, en las que existen pronunciamientos respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes.

4.3. Técnicas y herramientas de recolección de información

Tabla 2: Técnica y herramienta de recolección de información

Técnica	Instrumento
Análisis documental.	Ficha de análisis (anexo II)

4.4. Sistematización y análisis de la información

En los trabajos con enfoque cualitativo el análisis es dinámico, se efectúa progresivamente, en atención a la información indispensable para dar respuesta a las interrogantes de investigación, que va siendo identificada y sistematizada en el proceso de investigación, en consideración a la naturaleza que tiene cada trabajo.

En este caso, la información obtenida de las ejecutorias que conforman las unidades de análisis, fue sistematizada tomando en cuenta dos situaciones: por un lado los casos en los que se produjo la integración de sentencias en segunda instancia en lo que respecta a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, en casos de divorcio por causal de separación de hecho; y por otro, aquellos que dan cuenta de la modificación por los Jueces *Ad quem* del *quatum* indemnizatorio, o que decidieron revocar las sentencias disponiendo la adjudicación frente a la indemnización.

De manera específica, se detalla cada caso, considerando los pronunciamientos de los jueces de las instancias de mérito, y los emitidos a nivel de Corte Suprema. Explicando a partir de ello, por qué se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Presentación de resultados

En esta parte del informe final de investigación se sistematiza, analiza e interpreta la información obtenida de las unidades de análisis, a fin de establecer si con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho, se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

En este sentido, tomando en cuenta que los derechos de defensa y pluralidad de instancias se garantizan a través de recursos ordinarios, es preciso profundizar, como punto de partida, respecto a la posición de la Corte Suprema en casos de indemnización por daños y perjuicios, en los que existe un pronunciamiento en primera instancia, y el recurso de apelación es utilizado para cuestionar lo decidido, y el de casación, de manera equivocada, con la finalidad de revertir lo resuelto en segunda instancia.

Estos tienen denotada importancia debido a que permiten observar la posición de las Salas Civiles Especializadas en lo que respecta a la finalidad nomofiláctica del recurso de casación, traducida en la aplicación correcta del derecho.

Cuadro 01: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4619-2016/Moquegua materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Declara fundada la demanda y fija la suma de S/. 8.000 por indemnización.
Segunda	Confirma la sentencia apelada de primera instancia en cuanto declara fundada la demanda y la revoca respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 30.000.

Fuente: ejecutoria suprema 4619-2016/Moquegua.

Como se puede advertir existen dos pronunciamientos respecto al *quantum* indemnizatorio, lo que es posible en mérito a la interposición del recurso de apelación, que en este caso efectuó la demandante, como figura en el fundamento tercero:

... el recurso cumple con el requisito de procedencia previsto en el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil, dado que la recurrente apeló la sentencia de primera instancia que le fue desfavorable, dictada mediante Resolución número doce, de fecha veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, que ha sido confirmada por la impugnada.

Quedan de este modo garantizados los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Sin embargo, pese a la determinación del *quantum* que fue sustancialmente incrementado por el Juez *Ad quem*, se alega como infracción normativa la indebida motivación bajo los argumentos que figuran en el fundamento quinto:

...toda vez que no existen medios probatorios que acrediten la separación de hecho, máxime si la indemnización señalada es una suma irrisoria por tantos años de matrimonio y por el estado en que se está quedando la recurrente ya que dichos conceptos no son de aplicación automática, si se tiene en cuenta que su situación de perjudicada se encuentra probada.

Frente a ello la Sala Suprema hace referencia a la existencia de una debida motivación y considera que en realidad se pretende cuestionar el monto de la indemnización fijado en las instancias de mérito, y en concreto el incremento fijado en segunda instancia. Lo que es imposible por medio del recurso de casación, que es declarado improcedente de manera acertada.

Cuadro 02: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3624-2016/Ayacucho materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Declara a la demandada como cónyuge más perjudicada y fija la suma de S/. 3.000 por indemnización.
Segunda	Confirma el extremo de la sentencia apelada de primera instancia en cuanto fija a la demandada como cónyuge más perjudicada y la revoca respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 10.000.

Fuente: ejecutoria suprema 3624-2016/Ayacucho.

La Sala Superior revoca el monto indemnizatorio fijado en primera instancia en mérito al recurso de apelación interpuesto por la demandada en ejercicio de sus derechos de defensa y pluralidad de instancias, pudiendo efectuar un cuestionamiento respecto al fondo de lo decidido por el Juez *A quo*.

Siendo preciso advertir que es el demandante quien interpone el recurso de casación al ver incrementado el *quantum* a S/.10.000, pero además cuestiona que la demandada haya sido declarada cónyuge perjudicada. Este último supuesto pudo ser materia del respectivo recurso de apelación en su oportunidad, pues los S/. 3000 se fijaron en atención a ello, pero no el recurso de casación. De manera concreta se alega como infracción normativa lo contenido en el séptimo fundamento:

... a) Los órganos de justicia no han tenido en consideración quién es el cónyuge inocente o culpable o quién es el cónyuge perjudicado, para que surja la obligación de indemnizar luego del decaimiento del vínculo familiar, como consecuencia de la separación de hecho causada por los

celos enfermizos de la demandada; b) La emplazada no ha acreditado los daños o los motivos que den lugar a la indemnización solicitada, haciendo sólo mención a la existencia de relaciones extramatrimoniales con diversas féminas, pero que no han sido probadas; c) El recurrente continuó en el hogar conyugal hasta el dieciséis de julio de dos mil cuatro, no obstante haber solicitado la demandada el pago de una pensión de alimentos en el año dos mil ... ante el Tercer Juzgado de Paz Letrado, donde se fijó una pensión mensual de alimentos del dieciocho por ciento del haber que percibía el recurrente como docente, no fijándose a favor de la demandada pensión alguna por ser también docente y percibir una remuneración mayor; d) Durante la vida conyugal no hubo ningún tipo de lesiones físicas ni psicológicas, menos daño patrimonial, por lo que no corresponde el otorgamiento de una indemnización, siendo que la demandada vive acompañada de otro varón y que tal vez ese fue el motivo para que saque al recurrente del hogar conyugal; y, e) No obstante no haberse probado que la demandada haya sido la cónyuge perjudicada, la Sala Superior incrementa el monto de la indemnización bajo el argumento de la existencia de la demanda de omisión a la asistencia familiar que no constituye motivo para elevar el quantum indemnizatorio, sin considerarse que el recurrente viene cumpliendo su obligación alimentaria desde la fecha que se interpuso la demanda de alimentos, habiendo acreditado estar al día en el pago de las pensiones, por lo que el incremento de la indemnización es un acto arbitrario y parcializado.

Al respecto cabe mencionar que el juez de primera instancia tenía la potestad de declarar a la demandada cónyuge perjudicada, con la sola alegación de la existencia de un proceso de alimentos, lo que en efecto es corroborado por el demandante; situación que pudo ser cuestionada oportunamente en atención al derecho de defensa y pluralidad de instancias que le asisten. Ahora bien, en lo que respecta al *quantum* indemnizatorio incrementado en segunda instancia, no existe posibilidad de revertir el mismo, pues únicamente se puede cuestionar la motivación a efecto que la Sala Superior emita una nueva sentencia.

Frente a ello, la Sala Suprema declara improcedente el recurso de casación al considerar de manera expresa en el décimo sétimo fundamento:

... esta Sala Suprema advierte que con las denuncias planteadas por el casacionista se manifiesta en puridad una intención de modificarse la conclusión arribada por la Sala Superior, sin tener en cuenta que la situación fáctica establecida en sede de instancia y las consecuencias que ello generó en el caso concreto no pueden variarse, al implicar la revaloración del caudal probatorio ofrecido, admitido y actuado en el transcurso de la causa, aspecto que generalmente resulta ajeno al debate en Sede Extraordinaria, atendiendo a las finalidades del Recurso previstas en el Artículo 384° del Código Procesal Civil, circunscritas a la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y a la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Compartimos la posición de la Sala Suprema, pues el recurso de casación permite un pronunciamiento respecto a la configuración o no de una infracción normativa, pero no puede ir más allá. Los derechos de defensa y pluralidad de instancias a efecto de cuestionar el fondo de lo decidido quedan garantizados en mérito al recurso de apelación.

Cuadro 03: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 1938-2014/Lima Norte materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Fija la suma de S/. 5.000 por indemnización.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 100.000.

Fuente: ejecutoria suprema 1938-2014/Lima Norte.

El monto indemnizatorio es incrementado en segunda instancia debido a que la demandada apela la sentencia que declara fundada la reconvencción,

ejerciendo sus derechos de defensa y pluralidad de instancias. Los argumentos utilizados figuran en el cuarto fundamento:

... la Sentencia del III Pleno Casatorio en lo Civil ha establecido pautas de orientación para determinar la condición del cónyuge perjudicado; 2) En el presente caso, concurren la afectación emocional o psicológica sufrida por la demandada, lo que se colige del hecho que luego de venir desarrollando una relación conyugal sólida con el demandante... donde procrearon tres hijos y adquirieron bienes; 3) Ante las deudas contraídas con terceros, la demandada junto a su hijo mayor tuvieron que irse a trabajar al país de Japón para enviar dinero y hacer el pago respectivo; 4) Mientras que la demandada trabajaba en el país de Japón el demandante abandonó el hogar conyugal... para formar una nueva familia procreando hijos... tiempo en el que también generó un estado de zozobra e inseguridad emocional a la demandada, quien tuvo que solicitar garantías personales... por los insultos y amenazas de los que era objeto...5) ello frustró las expectativas de desarrollo personal y familiar de la demandada, lo que evidencia que irrefutablemente le ocasionaran daños de orden personal al verse obligada a afrontar sola el cuidado de sus hijos, teniendo que interponer demanda de alimentos contra el demandante a favor de uno de sus menores hijos...

Estos fundamentos fueron cuestionados por el demandante. No se debe perder de vista que el demandante interpuso recurso de apelación que fue declarado improcedente por extemporáneo, pese a ello se admite el recurso de casación bajo el siguiente argumento que figura en el quinto fundamento:

No se debe perder de vista una circunstancia incuestionable que la sentencia de vista impugnada contiene un tema que no existía en la sentencia de primera instancia, como es el aumento del monto indemnizatorio que concede la Sala Superior a favor de la demandada-reconviniente (de cinco mil nuevos soles- S/. 5000 a cien mil nuevos soles S/. 100.00) siendo este el elemento que legitima al demandante a cuestionar dicho fallo de vista mediante el recurso de casación...

Resaltando en el sexto fundamento que de forma excepcional verificarán si el incremento cuestionado se basó o no en una debida motivación. Concluyendo en el décimo fundamento que el “*Ad quem* no deja sentado de manera satisfactoria cuál sería la razón por la cual el demandante debe abonar, por concepto de indemnización, una suma varias veces mayor a la ordenada por el juez de la causa”.

La posición de la Sala Suprema es contundente. Es importante señalar que únicamente se pronunció respecto a la motivación, casando la sentencia de vista, ordenando en tal sentido se emita una nueva. Se reitera que el recurso de casación es extraordinario, por ello la posición de la dicha Sala es la adecuada. Tómese en cuenta que el incremento se produjo en segunda instancia, en atención a la interposición del recurso de apelación, lo resuelto en la misma respecto a la indemnización no puede ser revocado, pues es materialmente imposible revalorar medios probatorios.

Cuadro 04: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 242-2016/Lima materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Fija la suma de S/. 40.000 por indemnización.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 10.000.

Fuente: ejecutoria suprema 242-2016/Lima.

Como se puede advertir existen dos pronunciamientos respecto al monto indemnizatorio, lo que es posible en mérito a la interposición del recurso de apelación, que como es evidente fue presentado por el demandante, siendo el de la Sala Superior perjudicial para la demandada, por ello interpone el recurso de casación alegando la infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil bajo el argumento que figura en el fundamento 3:

... la sentencia de vista trasgrede la norma en mención, por cuanto revoca el monto indemnizatorio obtenido en primera instancia,

perjudicándola bajo el argumento que para su cuantificación no hay una base objetiva para tenerla en cuenta como referencia. Sin embargo, no aprecia los factores tales como: (1) que ella fue la que asumió la crianza de sus hijas, (2) que la pensión alimenticia se les otorgó por mandato judicial, (3) que el decaimiento del vínculo matrimonial, fue por el mal comportamiento de su ex cónyuge. A su vez, refiere que la suma indemnizatoria debe comprender el daño a su persona, que incluye la afectación a su estado de salud y a su vida, lo cual tiene amparo, según el artículo 1985 del Código Civil.

En este caso la Sala Suprema va más allá de la función nomofiláctica de la casación para efectuar una valoración de los medios probatorios presentados, declarando en tal sentido nula la sentencia dictada por el *Ad quem* para confirmar la de primera instancia. En efecto, como figura en el fundamento 5.12 concluye:

... que el monto fijado por la Sala Superior como indemnización, resulta diminuto debido al perjuicio causado a la cónyuge demandada, quien quedó en una manifiesta situación económica desventajosa, viéndose disminuida en el plano físico y emocional. Por lo que, debe ser reformado, tanto más si la finalidad de la obligación indemnizatoria es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño ocasionado al cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho.

Consideramos que la nulidad de la sentencia de segunda instancia debió generar que se emita una nueva valorando de manera idónea los medios probatorios que figuran en autos, pero no confirmar la emitida por el *A quo*. De esta forma se garantizará el derecho a la debida motivación de quien interpone el recurso de apelación.

Cuadro 05: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3882-2015/Cusco materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
-----------	-----------------

Primera	Confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda y fija la suma de S/. 5.000 por indemnización.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 30.000.

Fuente: ejecutoria suprema 3882-2015/Cusco.

Existen dos pronunciamientos referidos a la indemnización debido a que el demandado apeló la sentencia de primera instancia ejerciendo su derecho de defensa y a la pluralidad de instancias. La demandada al verse perjudicada por la disminución del monto indemnizatorio decide interponer recurso de casación, alegando la vulneración del derecho a la debida motivación.

Una vez más la Sala Suprema efectúa una valoración de los medios probatorios, yendo más allá de la función nomofiláctica, en atención a ello declara nula la sentencia de segunda instancia, revocando la misma en el extremo que fija el monto indemnizatorio en S/. 5000 incrementando el mismo a S/. 30.000.

Cuadro 06: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2387-2016/Huánuco materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Confirma la sentencia apelada que declara fundada en parte la reconvención en consecuencia fija la suma de S/. 3.000 por indemnización.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 8.000.

Fuente: ejecutoria suprema 2387-2016/Huánuco.

Existen dos pronunciamientos respecto a la indemnización en mérito al recurso de apelación que presenta la demandada quien a través de la reconvención solicita la misma por los daños y perjuicios generados con la separación. En tal sentido, ejerce su derecho de defensa y a la pluralidad de instancias.

A través del recurso de casación se pretende la modificación del monto indemnizatorio fijado en segunda instancia, argumentando la carencia de una debida motivación, lo que no es compartido por la Sala Suprema que declara improcedente el recurso. Lo pretendido es coherente con la finalidad del recurso de casación.

Cuadro 07: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 3898-2015/Huánuco materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Fija como monto indemnizatorio la suma de S/. 4000.00 por el daño causado a la demandada.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 3.500.

Fuente: ejecutoria suprema 2387-2016/Huánuco.

Existen dos pronunciamientos respecto a la indemnización en mérito al recurso de apelación interpuesto por el demandante, en ejercicio de sus derechos de defensa y pluralidad de instancias.

En lo que respecta a la infracción normativa alegada se argumenta el apartamiento inmotivado del precedente judicial (4664-2011/Puno) y el artículo 400 de Código Procesal Civil. De manera expresa en el fundamento quinto señala lo siguiente:

La Sala Superior interpretó en forma errónea el Precedente Judicial contenido en el Tercer Pleno Casatorio, la misma que tiene efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales, y por el que se establece que el juez puede señalar una indemnización por daños y perjuicios 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. En el presente caso la demandada... al contestar la demanda no alegó de forma alguna los hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho, por lo que siendo así, el juez... no se encontraba autorizado para emitir pronunciamiento sobre la indemnización.

La Sala Suprema trae a colación lo señalado en la sentencia de segunda instancia en el sentido que la demandada en el escrito de contestación sostuvo haber sido la cónyuge perjudicada, incluso fue incluido como punto controvertido. En tal sentido es que se disminuye el monto indemnizatorio.

Como es evidente el demandante tuvo la oportunidad de sostener su inconformidad frente al pronunciamiento del juez de primera instancia sobre la existencia de un cónyuge perjudicado y el establecimiento de un monto indemnizatorio, aunque el *Ad quem* no avaló su posición. El recurso de casación al ser extraordinario, hubiera permitido únicamente la nulidad, pero de ningún modo la modificación del *quantum* indemnizatorio.

Cuadro 08: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4204-2015/Arequipa materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Declara fundada en parte la demanda fijando como monto indemnizatorio la suma de S/. 1500.00 por el daño causado a la demandada.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 3.000.

Fuente: ejecutoria suprema 4204-2015/Arequipa.

Existen dos pronunciamientos en atención al recurso de apelación que interpone la demandada en ejercicio de sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias. En tal sentido, el monto indemnizatorio es modificado de manera favorable.

No obstante ello, interpone recurso de casación alegando la interpretación inadecuada del artículo 345-A del Código Civil, como de manera expresa figura en el fundamento cuarto:

... en lo referente al monto indemnizatorio, como también en forma subjetiva valora que «la recurrente se quedó bajo el cuidado de los hijos que procreó con el demandante, advirtiéndose que no pretendió pensión de alimentos para ella o para sus hijos hasta después de la interposición de la demanda de divorcio»... este extremo de la sentencia de vista, no se ajusta a los hechos invocados por la recurrente al momento de absolver el traslado de la demanda.

La Sala Suprema advierte que lo pretendido por la recurrente es un reexamen probatorio que no es posible dado el carácter extraordinario de la casación, pues a esta le compete el análisis de infracciones pero no de cuestiones de hecho. De este modo queda confirmado lo establecido por el Juez *Ad quem* respecto al monto indemnizatorio.

Cuadro 09: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2433-2015/Lima Norte materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Declara fundada la demanda fijando como monto indemnizatorio la suma de S/. 50.000 por el daño causado a la demandada.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 10.000.

Fuente: ejecutoria suprema 2433-2015/Lima Norte.

La Sala Superior revoca la sentencia de primera instancia en lo que se refiere al *quantum* indemnizatorio en mérito al recurso de apelación interpuesto por el demandante, en ejercicio de sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias. Pese a ello considera que aún la sentencia dictada por el Juez *Ad quem* lo perjudica en tal sentido interpone recurso de casación.

En este contexto, alega como infracción normativa la falta de motivación en los siguientes términos “no existe fundamento alguno para determinar la procedencia del pago de una indemnización. Asimismo en el caso de autos la demandada no ha pedido ni ha acreditado ni presentado prueba alguna que sustente la decisión de los jueces de otorgarle una indemnización”. Es preciso recordar que no es necesario alegar el perjuicio, pues el juez de oficio puede hacerlo si encontrarse algún elemento que así lo permitiera.

Por otro lado se hace referencia a la infracción normativa material del artículo 1969 del Código Civil, al señalar que la demandada es quien causó el daño al haber abandonado el hogar y dejado a sus menores hijas en estado de abandono. A ello agrega que la demandada fue declarada rebelde.

Sin embargo, como se señala en el fundamento sexto, lo resuelto por los jueces de las instancias de mérito se basa en la existencia de un proceso de alimentos seguido entre las partes. Es preciso tomar en cuenta que la Sala Superior de manera adecuada disminuyó sustancialmente el monto indemnizatorio, aunque debió efectuar una valoración de lo señalado por el

demandante en el sentido que la demandante fue quien abandonó el hogar conyugal, y que fue declarada rebelde, por lo que la Sala Suprema debió amparar lo solicitado por el recurrente, declarando nula la sentencia de segunda instancia.

Cuadro 10: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 4122-2014/Tumbes materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Declara fundada la demanda fijando como monto indemnizatorio la suma de S/. 1.000 por el daño causado a la demandada.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 10.000. Además reformando la sentencia declara fundada en parte la reconvención en el extremo que petitiona el pago de indemnización por daño moral, fijándolo en la suma de S/. 20.000.

Fuente: ejecutoria suprema 4122-2014/Tumbes.

Existen dos pronunciamientos respecto a la indemnización en mérito al recurso de apelación que en ejercicio de sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias ejerce la demandada.

El recurrente interpone recurso de casación al verse perjudicado por la sentencia de segunda instancia, alegando la vulneración del derecho a la debida motivación, lo que es amparado por la Sala Suprema. En efecto, se hace referencia a la Casación N° 4664-2010 según la cual el daño a la persona y el daño moral “apuntan a una concepción unitaria de ambas categorías”, en tal sentido, debe establecerse un solo monto dinerario por ambos conceptos, una vez valorada la prueba actuada cuando se fija una indemnización.

De este modo se declara fundado el recurso de casación ordenando a la Sala Civil que emita una nueva sentencia. Repárese en que no existe pronunciamiento de fondo, tan sólo se identifica la existencia de una infracción normativa, lo que es válido a través del recurso de casación.

Cuadro 11: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2608-2015/Tumbes materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Declara fundada la demanda fijando como monto indemnizatorio la suma de S/. 2.000 por el daño causado a la demandada.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 5.000.

Fuente: ejecutoria suprema 2608-2015/Tumbes.

La demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia ejerciendo sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias, alegando que no se valoraron de manera conjunta los medios probatorios, y que fue el demandante quien la abandonó. Además se advierte la existencia de un proceso de alimentos.

Frente a la apelación la Sala Superior incrementa el *quantum* indemnizatorio bajo los siguientes argumentos:

La demandada no sólo realizó un desgaste económico con el proceso de alimentos, sino también un desgaste psicológico y emocional, debiéndosele reconocer una indemnización por el daño ocasionado por la circunstancia de la separación de hecho; por lo que el monto de indemnización dispuesto debe ser superior al fijado.

A través del recurso de casación no se cuestiona el monto indemnizatorio que fue modificado a favor de la demandada en segunda instancia, la casación gira alrededor de la inobservancia de la primera parte del artículo 345-A del Código Civil en lo referente al pago de las obligaciones alimentarias.

No se debe perder de vista que la Sala Suprema declara fundado el recurso de casación, efectuando una valoración de fondo respecto al cumplimiento de las obligaciones en mención, como requisito para interponer la demanda de

divorcio con la causal de separación de hecho. Materializándose de este modo la función dikelógica que no es permitida dentro de nuestro sistema³⁵.

Cuadro 12: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 1570-2015/Lima Sur materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Declara fundada la demanda fijando como monto indemnizatorio la suma de S/. 20.000 por el daño causado a la demandada.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 10.000.

Fuente: ejecutoria suprema 1570-2015/Lima Sur.

El demandado interpone recurso de apelación en ejercicio de sus derechos de defensa y pluralidad de instancias, posibilitando que la Sala Superior se pronuncie respecto a la indemnización, disminuyendo el monto fijado por el Juez *A quo*. El argumento empleado respecto a la indemnización utilizado en segunda instancia figura en el fundamento tercero:

... respecto a la indemnización, evoca lo señalado por la demandante en cuanto afirma que sufrió un grave daño emocional y psicológico por la infidelidad de su esposo, lo que le impidió desempeñarse laboralmente, además de asumir el cuidado de su hija... considerando además la declaración de rebeldía del demandado y fijándose una indemnización por lucro cesante y daño moral, al no haberse probado el daño emergente.

³⁵ Para ilustrar lo afirmado se puede tomar en consideración lo establecido en el fundamento tercero en el siguiente sentido “de la revisión de los recaudos presentados en la demanda, se advierte en el anexo 1-G, que se presentan las constancias de las retenciones de asignación judicial por alimentos del demandante por los meses de... con lo que cumpliría con lo prescrito en el artículo 345-A del Código Civil, como requisito especial de procedencia para estos casos. Sin embargo, la demandada informa que tiene a favor los devengados por alimentos, por los meses de... conforme así se verifica de la resolución expedida por el Tercer Juzgado de Paz Letrado, en el proceso...”

Frente a ello el demandado interpone recurso de casación alegando indebida motivación, lo que es amparado por la Sala Suprema para quien la sentencia emitida por el Juez *Ad quem* adolece de nulidad. Su pronunciamiento se basa de manera exclusiva en el análisis de lo efectuado por la Sala Superior, pero no de una revaloración de medios probatorios. En efecto, como figura en el fundamento décimo primero se considera lo señalado en la sentencia de vista en el siguiente sentido:

...la sentencia de vista, recogiendo parcialmente los agravios denunciados por el casacionista... confirmó de modo parcial la sentencia apelada que declaró fundada la demanda, sustentándose en que... La jueza de la causa no ha evaluado correctamente los medios probatorios existentes, careciendo de ponderación y razonabilidad el monto indemnizatorio, por lo que debiendo velarse por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, fija la indemnización en la suma de (S/. 10.000) a favor de la actora.

Cuadro 13: Pronunciamientos de primera y segunda instancia contenidos en la ejecutoria suprema 2867-2016/Lima Sur materia de casación

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Fija como monto indemnizatorio la suma de S/. 6.000 por el daño causado a la demandada.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 30.000.

Fuente: ejecutoria suprema 2867-2016/Lima Sur.

Existen dos pronunciamientos respecto a la indemnización en mérito al recurso de apelación que interpone la demandada, haciendo uso de sus derechos de defensa y pluralidad de instancias. Siendo beneficiada con la sentencia de vista. Pese a ello interpone recurso de casación argumentando la aplicación insuficiente del artículo 345-A, sosteniendo como figura en el fundamento tercero que:

...el Ad quem no ha tomado en cuenta que cuando el divorcio o la separación personal se decretan por culpa de uno de los cónyuges, éste deberá resarcir al otro los daños y perjuicios sufridos. La Sala Superior ha cumplido en forma por demás insuficiente, sin criterio de conciencia, pues la recurrente además de quedar muy delicada de salud, ya no puede trabajar debido a su edad y, principalmente, por los daños físicos y de violencia familiar que le ocasionó su cónyuge, y al producirse el decaimiento del vínculo matrimonial ya no recibirá jamás ayuda alguna de parte del cónyuge culpable, situación que la deja desamparada...

La Sala Suprema desvirtúa lo señalado por la recurrente declarando improcedente el recurso de casación, al considerar que el Juez *Ad quem* considera que el daño ha quedado acreditado incrementando en tal sentido el *quantum*. Posición que concuerda con el fin nomofiláctico de la casación, que impide un pronunciamiento de fondo a nivel de Corte Suprema que derive en la modificación del monto indemnizatorio fijado.

Cuadro 14: Pronunciamientos de primera y segunda instancia materia de casación contenidos en la ejecutoria suprema 3945-2015/Cusco

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Fundada en parte la demanda reconvenzional fijando como monto indemnizatorio la suma de S/. 10.000.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 30.000.

Fuente: ejecutoria suprema 3945-2015/Cusco.

La sentencia de primera instancia es apelada por la demandada quien ejerce sus derechos de defensa y pluralidad de instancias, cuestionando el monto indemnizatorio fijado. En atención a ello la Sala Superior incrementa el *quantum* argumentado lo siguiente:

Si bien se ha fijado la existencia de un daño moral, sin embargo, el quantum indemnizatorio no resulta proporcional al mérito del proceso, pues existen elementos de juicio que prueban los argumentos de la

demandada, tales como la pericia psicológica y el certificado médico legal, que acreditan el maltrato físico. Asimismo, existen elementos de juicio suficientes para concluir que fue la demandada quien ha invertido tiempo y dinero en la construcción de los departamentos que alegan las partes; así como no obra en autos, mínima prueba de la participación del actor en tal propósito.

La demandada no conforme con lo dispuesto en segunda instancia interpone recurso de casación alegando indebida motivación. La Sala Suprema declara infundado el recurso de casación señalando respecto a la indemnización lo que figura en el fundamento décimo séptimo:

En el caso de autos, las instancias luego de la valoración probatoria han establecido que la parte demandada ha sido la más perjudicada con la separación, ello en mérito de la pericia psicológica, el certificado médico legal y la demanda de alimentos instaurada en contra del demandante, así como de los préstamos adquiridos por esta parte; y por ello, ha fijado un monto indemnizatorio equivalente a treinta mil con 00/100 nuevos soles (S/. 30,000.00); lo cual excluye, la adjudicación preferente del terreno, conforme se ha indicado líneas arriba.

El pronunciamiento de la Sala Suprema se enmarca en la finalidad nomofiláctica de la casación.

Cuadro 15: Pronunciamentos de primera y segunda instancia respecto a la indemnización contenidos en la ejecutoria suprema 2420-2017/Ica

Instancia	Pronunciamiento
Primera	Fija como monto indemnizatorio la suma de S/. 5.000.
Segunda	Revoca la sentencia respecto al monto indemnizatorio, fijando el mismo en S/. 15.000.

Fuente: ejecutoria suprema 2420-2017/Ica.

Existen dos pronunciamientos respecto a la indemnización en atención al recurso de apelación interpuesto por la demandante en ejercicio de sus

derechos de defensa y pluralidad de instancias. Pese al incremento del *quantum* indemnizatorio cuestiona la sentencia de segunda instancia por medio del recurso de casación, bajo los términos contenidos en el cuarto fundamento:

... se le ha fijado una indemnización diminuta de S/. 15,000.00 (quince mil soles), sin tener en cuenta que no tienen casa, que el inmueble está solo a nombre del demandante, que producido el divorcio los desalojará y que tienen un hijo discapacitado de por vida, agrega, que el único bien que tienen juntos es un automóvil que esta embargado totalmente por el SAT.

A ello agrega que existe un apartamiento del precedente judicial contenido en la ejecutoria suprema 4664-2010/Puno en el sentido que se ha establecido que el Juez Superior Integrará la resolución impugnada de primera instancia si no existe pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge perjudicado siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, situación que no ha ocurrido en este caso, pues se otorga una indemnización de S/. 15.000 sin que exista justificación alguna. Lo señalado por la demandante no es correcto, pues la circunstancia descrita es excepcional, la regla es que el Juez de Primera instancia declare la existencia de un cónyuge perjudicado de ser el caso, estableciendo el *quatum* indemnizatorio que corresponde.

De manera acertada se declara improcedente el recurso de casación, respetando la finalidad nomofiláctica, pues no existe pronunciamiento de fondo, sino únicamente se determina la inexistencia de una infracción normativa, al considerar que en las instancias de mérito se ordena una indemnización en el marco de lo establecido en la ejecutoria suprema 4664-2010/Puno ya mencionada.

Hasta este punto se puede afirmar que las Salas Civiles Especializadas resuelven en mérito al fin nomofiláctico, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que permite cuestionar únicamente la existencia de una infracción normativa. Sin perder de vista que no procede el reenvío cuando se

está frente a la aplicación indebida, interpretación errónea, o inaplicación de una norma de derecho material, o apartamiento inmotivado de precedente vinculante.

Por ello, este recurso no podrá servir bajo ningún contexto para garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias, en los casos en que el juez *ad quem* integra la sentencia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal y aquellos en que se modifica el *quantum* indemnizatorio optando por la adjudicación preferente de bienes.

En efecto, en ambos supuestos no existe la posibilidad de impugnar la decisión en mérito a un recurso ordinario, que permita un pronunciamiento de fondo, como se aprecia en los siguientes casos:

A. Casos de integración de sentencias

a. Ejecutoria suprema 4099-2015/Callao

El recurso de casación es interpuesto por la demandada contra la sentencia de vista que confirma la de primera instancia por la que se declara fundada la demanda, revocándola en el siguiente extremo “no se emite medida de protección del cónyuge perjudicado con la separación de hecho por improbados los presupuestos para su configuración”.

Al respecto es preciso señalar que, según figura en el fundamento cuarto, en la Demuna de la Perla se fijó pensión de alimentos para los tres hijos, a ello se debe agregar que existen medios probatorios que demuestran la incapacidad de la demandada para laborar dada su condición de salud. En tal sentido, queda acreditada la condición de cónyuge más perjudicado. Por ello es cuestionable que no se haya fijado un monto indemnizatorio en primera instancia.

Frente a ello, la Sala Superior al revocar parte de la sentencia fija una indemnización de S/. 30.000. Es en este contexto que se vulneran los derechos de defensa y pluralidad de instancias. En efecto, la demandada utiliza el recurso de casación para cuestionar dicho monto, pues al haber sido fijado en segunda instancia no opera el recurso de apelación. La Sala Suprema es contundente al señalar en el fundamento quinto:

... conforme se aprecia de la propia recurrida, la Sala de mérito atendiendo a su facultad tuitiva en asuntos de familia ha considerado conveniente y razonable atribuirle el monto S/. 30.000 (treinta mil nuevos soles) por ser la cónyuge perjudicada, por otro lado, si la impugnante consideraba se le debía adjudicar el bien en donde actualmente reside con sus hijos y que debía indemnizársele con un monto no menor de S/. 100.000 (cien mil nuevos soles), tenía el deber de alegar hechos configurativos del perjuicio sufrido, lo cual no ha sucedido en el caso de autos; en ese sentido, lo pretendido además involucra el reexamen de los medios probatorios, lo cual es ajeno a las funciones de esta Corte de Casación, de conformidad con lo prescrito en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

No existe argumento que pueda deslindar la posición planteada a nivel de Corte Suprema respecto a la imposibilidad de pronunciarse sobre el *quantum* indemnizatorio, ni la adjudicación del bien, pues su labor está limitada a determinar si se configuró o no una infracción normativa, dado que la casación es un recurso extraordinario.

De este modo, no se debe perder de vista que la demandante no tuvo la oportunidad de defenderse cuestionando el fondo de la decisión respecto a la indemnización, en mérito a un recurso ordinario, ello si se toma en cuenta que no existió pronunciamiento alguno hasta la segunda instancia, en la que se aplicó la regla vinculante establecida en el Tercer Pleno Casatorio Civil referente a la integración de la sentencia.

b. Ejecutoria suprema 3986-2015/Lima Este

El recurso de casación es interpuesto por la demandada contra la sentencia de vista que confirma la de primera instancia que declara fundada la demanda, y la revoca en cuanto no se fija un monto indemnizatorio por no haber sido un punto controvertido.

No se debe perder de vista que la demandada alega: haber sufrido abandono cuando se encontraba enferma, lo que se acredita con los informes médicos que obran en autos haber sufrido daño moral, haber visto frustrado su proyecto de vida y el de sus hijos, y estar en una situación económica desventajosa y perjudicial en relación al otro cónyuge.

La Sala Superior integra la sentencia del juez *ad quo* fijando una indemnización de S/. 5000.00. Monto que es cuestionado por medio del recurso de casación, pese a ser uno de naturaleza extraordinaria. Según consta en el fundamento cuarto la demandante considera:

... que el monto por concepto de indemnización proporcionado no guarda relación con los daños que ha sufrido, a pesar que la citada norma prescribe (en referencia al artículo 345-A del Código Procesal Civil) (el paréntesis es nuestro) que se debe cubrir todos los perjuicios ocasionados desde el abandono del demandante ya que estos resultan lesivos a la persona y la situación económica de la demandada, lo que está probado con los medios probatorios ofrecidos.

La demandada también se pronuncia respecto a la adjudicación de bienes al señalar que no existe pronunciamiento por parte de la Sala, sin tomar en cuenta que procede la indemnización o adjudicación. En este contexto, se solicita una indemnización no menor de S/. 20.000 y la adjudicación del inmueble donde vive con sus hijos.

La Sala Suprema considera que la Superior en atención a su facultad tuitiva en asuntos de familia ordena una indemnización razonable, señalando que no

existe reconvencción en este sentido, pero si argumentos respecto a un perjuicio generado. A ello agrega en el fundamento quinto:

... si la impugnante consideraba se le debía adjudicar el bien en donde actualmente reside con sus hijos y que debía indemnizársele con un monto no menor de S/. 20, 000 (veinte mil nuevos soles), tenía el deber de haber alegado hechos configurativos del perjuicio sufrido, lo cual no ha sucedido en el caso se autos; en ese sentido, lo pretendido además involucra el reexamen de los medios probatorios, lo cual es ajeno a las funciones de esta Corte de casación, de conformidad con lo prescrito en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

Es cierto que la función de la Corte Suprema está limitada a determinar la configuración de una infracción normativa, que como es evidente excluye la potestad de efectuar una valoración de medios probatorios. Por ello el recurso de casación no es el idóneo para cuestionar el *quantum* indemnizatorio ni la adjudicación de bienes, su naturaleza es extraordinaria, distando de este modo de la función que tiene el recurso de apelación.

En efecto, no existe recurso ordinario que permita impugnar la decisión del juez *ad quem* respecto al fondo de lo decidido. En este sentido, la demandada no puede ver garantizado su derecho de defensa y el de pluralidad de instancias.

c. Ejecutoria suprema 2960-2016/Huaura

El recurso de casación es interpuesto por el demandante contra la sentencia de vista en el extremo que revoca la apelada fijando una indemnización de S/5000. Se alega como infracción normativa el apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio, y la inobservancia del artículo 50.6 del Código Procesal Civil, bajo los términos contenidos en el quinto fundamento:

... la Sala Superior no ha motivado en este caso el divorcio remedio, cómo existe un cónyuge perjudicado, o de qué manera se presenta el menoscabo material a la persona y moral de la emplazada. Además, se ha transgredido el principio de congruencia procesal, por cuanto la

emplazada no reconvino la indemnización, y en este extremo no fue fijado como punto controvertido, por lo que, no debió ser materia de análisis ni de condena.

Al respecto es preciso señalar que la Sala Superior tenía la potestad de fijar un monto indemnizatorio de concurrir elementos que permitan establecer la existencia de un cónyuge perjudicado, los que en efecto no figuran en la ejecutoria suprema materia de análisis. Además que la indemnización no está supeditada a la reconvención.

En el marco de lo señalado se puede afirmar que la infracción normativa está vinculada a la debida motivación, pero no al apartamiento inmotivado de un precedente vinculante. Por ello, la Sala Suprema debió atender lo solicitado a través de la casación y no declarar la improcedencia del recurso.

En efecto, a nivel de Corte Suprema se señala que si bien es cierto no se contestó la demanda, a través de la apelación de la sentencia de primer grado se exige el pago por concepto de indemnización frente al desequilibrio económico causado por la separación, siendo obligación de la Sala Superior determinarlo. Tómese en cuenta que se habla de un primer pronunciamiento en segunda instancia que no podrá ser cuestionado por medio del recurso de apelación, sino únicamente a través de la casación, viéndose vulnerados los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Ahora bien, para fundamentar esta posición se hace referencia a la regla vinculante contenida en el numeral 6, lo que es un error, pues está asociada al rol que debe cumplir el juez *A quo*, la participación del juez *Ad quem* está supeditada al numeral 5 referido a la posibilidad de integrar la resolución impugnada.

d. Ejecutoria suprema 4332-2016/Lima

El recurso de casación es interpuesto por la demandada contra la sentencia de vista que confirma la apelada que declara fundada la demanda, además integra

la misma fijando una indemnización de S/. 10.000 por daño moral y personal. En este caso, no se cuestiona el monto indemnizatorio por medio de la casación.

Sin embargo, se puede advertir que tanto demandante como demandada no tienen posibilidad de cuestionar el *quantum*, y en el caso del primero de cuestionar además la existencia de un cónyuge perjudicado, pues el recurso de casación al ser extraordinario no lo permite.

e. Ejecutoria suprema 2668-2017/Lima Este

El recurso de casación es interpuesto contra la sentencia de vista que revoca la de primera instancia en el extremo de no fijar monto indemnizatorio, considerando que se debe asignar uno de S/. 5000.00.

En este contexto, la demandada alega como infracción normativa la falta de motivación respecto a las razones que llevaron a establecer ese monto, que según se señala es insignificante. La Corte Suprema de forma acertada declara improcedente el recurso de casación alegando en el sexto fundamento que:

... mediante el presente recurso la recurrente muestra su disconformidad con el monto indemnizatorio otorgado, pretendiendo que sea modificado en sede casatoria, como si se tratara de una tercera instancia, lo cual no puede ser posible por ser contrario a los fines y naturaleza del recurso. Se advierte, en cuanto al extremo que recurre en casación, una resolución suficientemente motivada que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, lo que determina se desestime el recurso.

Es correcta la posición de la Sala Suprema respecto a la imposibilidad de modificar el *quantum* indemnizatorio tal como lo pretende la demandada. Sin embargo, no se puede perder de vista que su derecho de defensa y a la pluralidad de instancias se ve vulnerado, si se toma en cuenta que no existe la posibilidad de cuestionar el pronunciamiento de la Sala Superior respecto a la indemnización en mérito a un recurso ordinario.

Hasta este punto se puede advertir que es el Juez *Ad quem* quien dispone el pago de una indemnización o la adjudicación preferente de bienes por primera vez, y el recurso de casación es utilizado para objetar el fondo de lo decidido sin obtener resultados favorables, al ser dicho recurso declarado improcedente en todos los casos.

La posición que se mantiene a nivel de la Corte Suprema es coherente, si se toma en cuenta que no es posible efectuar una valoración de fondo, debido a que su función está limitada a determinar si se configura o no una infracción normativa.

Ahora bien, cuando se trata de la aplicación indebida, inaplicación o interpretación errónea de una norma de derecho material, o apartamiento del precedente judicial, el Juez Supremo tiene la potestad de declarar nula la sentencia impugnada pero además sustituirla por la que corresponde dictar, sin que opere el reenvío. Lo contrario ocurre cuando se habla de errores en el proceso, que incluye el cuestionamiento a la motivación efectuada en la segunda instancia.

Tómese en cuenta que en los casos analizados precedentemente se alega como infracción normativa, la indebida motivación, sin que se pueda materializar otro supuesto, si se toma en cuenta que en el marco de lo resuelto en el Tercer Pleno Casatorio Civil se posibilita la emisión de un primer pronunciamiento respecto a la indemnización o adjudicación preferente de bienes en segunda instancia, lo que en efecto se produjo.

Pese a lo señalado, no se puede perder de vista que el recurso de casación de ningún modo podrá remplazar al de apelación, al no contar con este último se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

B. Casos en los que se modifica el *quantum* indemnizatorio y se opta por la adjudicación preferente de bienes

a. Ejecutoria suprema 2685-2016/Lima Este

En este caso el Juez *Ad quem* revoca la sentencia de primera instancia en el extremo que ordena la adjudicación preferente de bienes, al reformarla dispone se otorgue una indemnización de S/.5000.00. Si bien se emite un pronunciamiento en segunda instancia en mérito al recurso de apelación, se determina por primera vez el pago de un monto por concepto de indemnización, no siendo posible cuestionar el mismo, o sustentar el por qué se requiere la adjudicación preferente de bienes, en atención a un recurso ordinario, que permita la garantía de los derechos de defensa y a la pluralidad de instancias.

En efecto, la recurrente alega el apartamiento inmotivado del precedente judicial establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil, tal como figura en el fundamento quinto:

... el A quem no ha evaluado la situación económica desventajosa y perjudicial de la demandada, así como el hecho de no tener una pensión de jubilación por haberse dedicado al hogar; que el segundo piso de la casa es la fuente principal de ingresos para la demandada, quitarle la mitad del inmueble equivaldría a quitarle más de la mitad de sus ingresos que le sirven de sustento.

Frente a ello la Sala Suprema considera en el fundamento sexto que:

examinadas las alegaciones descritas en el quinto considerando, éstas deben desestimarse porque están orientadas a reevaluar las conclusiones a las que arriba la Sala de mérito, entre ellas, que no se encuentra justificado que se le otorgue tal beneficio a la cónyuge demandada... pues el perjuicio sufrido por ésta no constituye uno de tamaña magnitud para ser merecedora de la adjudicación del referido inmueble, más aún si el demandante... a la actualidad cuenta con sesenta y dos años de edad, y que dentro de la presente causa no se ha acreditado, ni se ha aludido la existencia de otro bien inmueble de

propiedad de la sociedad conyugal, pues ambas partes han puesto de manifiesto en la audiencia de pruebas que el demandante ha regresado a dicho inmueble, habitando un cuarto independiente, en el segundo piso...

Avalando en este contexto lo dispuesto en la sentencia de vista, agregando que el monto indemnizatorio resulta el más adecuado. La Sala Suprema actúa de manera idónea en el marco de la función nomofiláctica.

A ello se debe agregar que el cuestionamiento respecto a la motivación posibilita únicamente la nulidad de la sentencia, con el consecuente reenvío, para que sea la Sala Superior la que dicte una nueva.

b. Ejecutoria suprema 3810-2015/Lima Este

La Sala Superior revoca la sentencia de primera instancia que ordena la adjudicación preferente de bienes, reformándola se ordena abonar la suma de S/7000.00 por concepto de indemnización.

El Juez *Ad quem* se pronuncia en mérito al recurso de apelación interpuesto por el demandante, siendo la decisión contenida en la sentencia de vista contraria a los intereses de la demandada. Es preciso advertir que el demandante ejerció sus derechos de defensa y pluralidad de instancias en mérito a lo ya manifestado por la demandada en la contestación respecto a la adjudicación del bien.

En efecto, la demandada solicita dicha adjudicación, al considerarse cónyuge perjudicada por la existencia de un proceso de violencia familiar, y la desventaja económica en que quedó con la separación, con la atingencia que el demandante tiene la condición de gerente de una empresa. En este caso la decisión del *Juez A quo*, se basó en lo argumentado en la etapa postulatoria, no ordena la adjudicación del bien de oficio.

Si bien, el Juez *Ad quem* se pronuncia por primera vez respecto a la indemnización lo hace teniendo en consideración lo señalado por ambas partes. El recurso de apelación le permite un pronunciamiento de fondo respecto a lo alegado, pudiendo darle mayor valor a lo señalado por el demandante en relación a los argumentos de la demandada respecto a la adjudicación preferente del bien.

En este contexto, la demandada no puede alegar el apartamiento inmotivado de un precedente vinculante, pues la sentencia de vista es respetuosa de lo establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil. La Sala Suprema es bastante clara al señalar en el fundamento sexto que:

las alegaciones están orientadas a cuestiones de probanza, sin considerar que la Corte de Casación no constituye una tercera instancia donde se puede valorar el caudal probatorio y el aspecto fáctico del proceso, lo que constituye una facultad de los jueces de mérito que no puede ser traída en vía del recurso de casación; de allí, que también son excluidos aquellos hechos que la parte casante estima probados con la finalidad que su petición [de adjudicación] sea estimada, más aun si tenemos en cuenta que la Sala Superior ha determinado que la indemnización puede ser señalada en una cantidad de dinero o puede ser concedida mediante la adjudicación del inmueble de propiedad del cónyuge, inclinándose por la indemnización de daños y perjuicios al quedar en evidencia que la cónyuge demandada resultó siendo la más perjudicada como consecuencia de la separación de hecho, aplicando lo establecido en la cuarta regla del Tercer Pleno Casatorio en lo Civil que constituye precedente judicial vinculante...

Es en este sentido que la Sala Suprema declara improcedente el recurso de casación de manera acertada.

Lo señalado hasta este punto, permite afirmar que en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho celebrados entre los años 2015 a 2018, se vulneran los derechos de defensa y pluralidad de instancias, cuando los

jueces *Ad quem* emiten un primer pronunciamiento respecto a la indemnización por daños, y cuando modifican la indemnización dispuesta en primera instancia y ordenan la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

En efecto, en el primer caso el recurso de apelación ya fue utilizado para cuestionar el pronunciamiento del juez *A quo*, quien evidentemente no identificó al cónyuge perjudicado, y por lo tanto no se pronunció sobre la indemnización, pues se requirió integrar la sentencia en segunda instancia.

Sentencia que puede ser impugnada únicamente a través del recurso extraordinario de casación, sin que a través del mismo se pueda modificar el *quantum* indemnizatorio, aunque alguna de las partes se sienta perjudicada.

En lo que respecta a la adjudicación preferente de bienes, el cónyuge perjudicado no podrá impugnar la sentencia emitida en segunda instancia a través de un recurso ordinario, pese a no estar de acuerdo con la misma, lo que se hace extensivo a quien es considerado como cónyuge infractor.

La decisión de los jueces *Ad quem* en los dos supuestos es inamovible, aunque existan quienes se sientan perjudicados, la jurisprudencia de las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, da cuenta de la observancia del fin nomofiláctico de la casación, cuando se trata de indemnizaciones por daños y perjuicios, evitando pronunciamientos de fondo.

5.2. Discusión de resultados

En principio corresponde precisar que el resultado de la investigación es novedoso y no resulta viable compararlo con el resultado de otras investigaciones en tanto el tema no ha sido abordado en específico por otros trabajos cuyo enfoque tanto a nivel nacional e internacional no ha tenido relación con nuestra investigación que plantea un aporte no abordado.

En consecuencia, a fin de establecer si con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o

adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho, se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias como plantea nuestra hipótesis general, se ha determinado a través del estudio de las siguientes Ejecutorias Supremas: Ejecutoria suprema 4619-2016/Moquegua, Ejecutoria suprema 3624-2016/Ayacucho, Ejecutoria suprema 1938-2014/Lima Norte, Ejecutoria suprema 242-2016/Lima, Ejecutoria suprema 3882-2015/Cusco, Ejecutoria suprema 2387-2016/Huánuco, Ejecutoria suprema 3898-2015/Huánuco, Ejecutoria suprema 4204-2015/Arequipa, Ejecutoria suprema 2433-2015/Lima Norte, Ejecutoria suprema 4122-2014/Tumbes, Ejecutoria suprema 2608-2015/Tumbes, Ejecutoria suprema 1570-2015/Lima Sur, Ejecutoria suprema 2867-2016/Lima Sur, Ejecutoria suprema 3945-2015/Cusco, Ejecutoria suprema 2420-2017/Ica, que cuando existe un primer pronunciamiento en primera instancia se actúa correctamente, contrario sensu al existir un primer pronunciamiento recién en segunda instancia es donde se identifica el problema y donde se centra nuestra recomendación, así la jurisprudencia recopilada y citada líneas arriba demuestra que en primera instancia sí existió un pronunciamiento generando la posibilidad de ser cuestionado a través de un recurso de apelación lo que a su vez generó dos pronunciamientos, como se puede advertir existen dos pronunciamientos respecto al quantum indemnizatorio, lo que es posible en mérito a la interposición del recurso de apelación, quedan de este modo garantizados los derechos de defensa y pluralidad de instancias en las ejecutorias analizadas, lo cual no ocurre con las ejecutorias cuestionadas posteriormente e igualmente analizadas que son la concreción del error en que se incurre al emitir un primer pronunciamiento recién en segunda instancia, este estudio demuestra nuestra hipótesis de carácter general.

Del mismo modo ha quedado acreditada la primera hipótesis específica a través del análisis de la siguiente jurisprudencia: Ejecutoria suprema 4099-2015/Callao, Ejecutoria suprema 3986-2015/Lima Este, Ejecutoria suprema 2960-2016/Huaura, Ejecutoria suprema 4332-2016/Lima, Ejecutoria suprema 2668-2017/Lima Este, en todos estos pronunciamientos existe un primer pronunciamiento respecto a la indemnización como a la adjudicación preferente

de bienes de la sociedad conyugal que recién se formula en segunda instancia de manera que deja a las partes la posibilidad de cuestionar lo resuelto solo a través del recurso de casación que de ningún modo podrá remplazar al de apelación, pues es extraordinario y sus causales no pueden radicar en cuestionamientos fácticos ni probatorios, al no contar con el recurso de casación por tratarse de una integración en segunda instancia, conforme se establece en la hipótesis específica, se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Finalmente y con igual grado de certeza, se ha acreditado lo postulado en la segunda hipótesis específica de acuerdo al contenido de las Ejecutoria suprema 2685-2016/Lima Este y Ejecutoria suprema 3810-2015/Lima Este, pronunciamientos en los cuales se varía la decisión primigenia de la adjudicación del bien a una indemnización no equiparable a la decisión previa generando que este pronunciamiento únicamente pueda ser cuestionado a través del recurso extraordinario de casación, sin que a través del mismo se pueda modificar el quantum indemnizatorio, aunque alguna de las partes se sienta perjudicada demostrando que se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias al disponer en segunda instancia la indemnización frente a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal establecida en primera instancia en casos de divorcio por la causal de separación de hecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA

En casos de divorcio por causal de separación de hecho, celebrados a nivel nacional en el período comprendido entre los años 2015 a 2018, los jueces de segunda instancia emiten sentencias, en las que se pronuncian por primera vez respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, sin que la parte perjudicada pueda cuestionar lo decidido, para lograr un pronunciamiento de fondo, ello si se toma en cuenta que a nivel de Corte Suprema se mantiene la función nomofiláctica de la casación, que permite establecer únicamente si existe o no infracción normativa. Se posibilita en tal sentido la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

SEGUNDA

Los jueces de segunda instancia, en casos de divorcio por la causal de separación de hecho, integran sentencias emitidas por jueces *Aquo* cuando se omite pronunciamiento sobre el cónyuge perjudicado y la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes, sin que exista la posibilidad de cuestionar lo resuelto a través de un recurso impugnatorio ordinario, pues el de apelación es utilizado para cuestionar lo decidido en primera instancia respecto a lo solicitado en la etapa postulatoria. De este modo se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

TERCERA

Los jueces de segunda instancia, en casos de divorcio por la causal de separación de hecho, revocan las sentencias disponiendo la indemnización en lugar de la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, sin que el perjudicado tenga la posibilidad de cuestionar lo resuelto a través de un recurso impugnatorio ordinario. En efecto, el recurso de apelación permite cuestionar lo dispuesto en la sentencia de primera instancia respecto al

quantum o adjudicación, pero no el nuevo pronunciamiento. Se genera de este modo la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

RECOMENDACIONES

En el artículo 345-A del Código Civil se establece que “el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos”, señalando una indemnización o adjudicando de manera preferente bienes de la sociedad conyugal. En este contexto, a través del Tercer Pleno Casatorio Civil, se establece la obligación de los jueces de pronunciarse al respecto, y de los superiores de integrar las sentencias cuando se configure una omisión.

Ahora bien, esta actuación de oficio se presenta en un escenario en el que no hay participación activa de las partes interesadas, pues usualmente realizan un acto procesal cuando se ven perjudicados, y frente a sentencias de segunda instancia ven recortado su derecho de defensa al existir un primer pronunciamiento que puede ser cuestionado solamente a través del recurso de casación. Se puede advertir además que se posibilita la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias, pues no existirán dos oportunidades en que las partes puedan defender sus intereses logrando un pronunciamiento de fondo. En este contexto, se plantea la siguiente recomendación:

Primera y única recomendación

En atención a que dentro de las funciones del Consejo Ejecutivo de la Corte Suprema se encuentra la de adoptar medidas necesarias para que las dependencias del Poder Judicial trabajen con eficiencia, se recomienda enviar una carta a dicho Órgano, adjuntando el presente informe de investigación, que incluye la siguiente recomendación:

Utilización del *overrulin* por parte de las Salas Civiles Supremas, para modificar parte de las reglas vinculantes establecidas en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en los siguientes términos:

Dice:

“5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil”.

Debe decir:

“5.Los jueces de segunda instancia no pueden integrar las sentencias en lo relativo a la indemnización o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, en caso de no existir pronunciamiento de parte, el juez de primera instancia deberá efectuar la notificación correspondiente, dando cuenta de la intención de ordenar una indemnización o adjudicación preferente de bienes, en mérito a la flexibilización del principio de preclusión.

Cuando el Juez Ad quo omita pronunciarse en los términos señalados en el párrafo precedente, el Juez *Ad quem* declarará nula la sentencia”.

BIBLIOGRAFÍA

a. Libros y artículos

- Abanto, J. D. (s.f.) Apuntes sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil. *Actualidad Jurídica*, (211) 77-81. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2013/06/06_actualiad_211_-_civil_y_registral.pdf
- Abundis, M. A. y Ortega, M. Á. (2010). *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*. Recuperado de <http://www.cuc.udg.mx/sites/default/files/publicaciones/2010%20-%20Matrimonio%20y%20divorcio%20-%20interiores.pdf>
- Afferni, G. (s.f.) La reparación del daño no patrimonial en la responsabilidad objetiva. *Ius et veritas*, 203-224. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/11770/12342
- Alfaro, L. G. (2012). Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho ¿será realmente una forma de responsabilidad civil? En Poder Judicial. (Ed.) *Libro de especialización en Derecho de Familia*. (pp. 25-44). Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Alva, M. (2013). El divorcio que determina el rompimiento del vínculo matrimonial: ¿genera alguna contingencia tributaria? *Actualidad empresarial*, (274). Recuperado de http://aempresarial.com/web/revitem/1_14874_87070.pdf
- Álvarez, E. M. (2006). *Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio ¿Permisividad o solución?* (tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Andia, A. E. (2016). *La separación de hecho, como causal objetiva del divorcio remedio, Huancavelica-2015* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Huancavelica, Huancavelica, Perú

- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Arequipa: Grijley.
- Armas, J. R. (2010). *Las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el derecho peruano* (trabajo de investigación de post grado). Universidad San Martín de Porres, Lima: Perú.
- Ariano, E. (s.f.) Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano. *Ius et veritas*. 72-82. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16018/16442
- Asti, J. N., Arias, P. R. y Vásquez, C. G. (s. f.) *Un estudio empírico sobre los efectos del “divorcio rápido” en el Perú*. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros/PAPER%20SOBRE%20LOS%20EFECTOS%20DEL%20DIVORCIO%20EN%20EL%20PERU%20%20VERSION%20FINAL%20FINAL%20FI....docx
- Bellocq, P. (s.f.) Diferencias entre el abandono voluntario y la separación de hecho como causales de divorcio y separación de cuerpos. 207-216. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Bellocq-Diferencias-entre-el-abandono-voluntario-y-la-separacion-de-hecho-como-causales-de-divorcio-y-separacion-de-cuerpos.pdf>
- Beltrán, P. J. (2010). Por una Justicia Predecible en Materia Familiar. Análisis del Tercer Pleno Casatorio. En Poder Judicial (Ed.) *Tercer pleno casatorio*. 41- 64. Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Cabello, C. J. (1999). *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Segunda edición. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cabello, C. J. (s.f.) *Divorcio ¿remedio en el Perú?* Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6528/6609>
- Cabello, C. J. (s.f.) *Las nuevas causales de divorcio en discusión: ¿divorcio remedio en el Perú?* Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0964740046d47140a1c4a144013c2be7/nuevas_causales_divorcio+C+4.+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0964740046d47140a1c4a144013c2be7
- Calisaya, A. A. (2016). *La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho: criterios para la identificación del cónyuge más*

perjudicado (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Campos, W. E. (2013). Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes iniciales. *Revista oficial del Poder Judicial*. (8-9). 201-2014. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8/11.+Campos+Murillo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8>

Cantuarias, F. (s.f.) El divorcio: ¿sanción o remedio? *Themis*, 66-72. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10884/11389>

Carrión, R. (s.f.) *Los principios dispositivo e inquisitorio del proceso civil*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5144040.pdf>

Condori, E. W. (2011). *Análisis de la indemnización del daño en el divorcio sanción y divorcio remedio en el Código Civil peruano* (tesis doctoral). Universidad Nacional del Altiplano, Puno, Perú.

Cruz, O. (2015). *Defensa a la defensa y abogacía en México*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Correa, L. C. W. (2019). *Prueba de oficio y proceso: Una mirada desde el Estado Constitucional*, (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

De los Santos, M. (s.f.) *Postulación y flexibilización de la congruencia*. Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/Postulacion-y-flexibilizacion-de-la-congruencia-DE-LOS-SANTOS-M.pdf>

Espinola, E. P. (2015). *Efectos jurídicos de aplicar lo prescrito en el artículo 345°-A del Código Civil, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del tercer pleno casatorio civil* (tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.

Espinoza, J. (2011). *Derecho de la responsabilidad civil*. Sexta edición. Lima, Perú: Editorial Rodas.

- Espinoza, J. (2010). Apuntes Para una Interpretación Coherente del Tercer Pleno Casatorio Civil. En Poder Judicial. (Ed.) *Tercer Pleno casatorio*. 29-40. Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial
- Fernández, A. (2016). *El resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante*. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/contribuyente/2016/06/06/el-resarcimiento-del-dano-emergente-y-el-lucro-cesante/>
- Franciskovic, B. y Torres, C. A. (s. f.) *La Corte Suprema ¿tercera instancia? Recurado de* http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/CASACION_tercera_instancia_G.pdf
- Gaceta Jurídica. (2012)
¿En el divorcio por separación de hecho procede alegar la culpa de los cónyuges? Tomo 6 (2).
- Gandulfo, E. (2009). Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico. *Ius et Praxis*. 15 (1), 121-189. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/197/19711346005.pdf>
- Gaso, M. E; González, F; Lobo, L. M; Maturano, F. y Salas, M. G. (s.f.) *El principio dispositivo y el rol del juez*. Recuperado de http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/El_principio_dispositivo_y_el_rol_del_juez_GASO_MARIA_ELIS.pdf
- García, W. (2015). *Valoración del monto en resarcimiento en responsabilidad civil contractual y los problemas jurisprudenciales en la cuantificación* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- García, D. (2014). *Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio, a la luz del tercer pleno Casatorio Civil* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Perú
- Glave, C. (s.f.) El recurso de Casación en el Perú. *Derecho y sociedad*. 103-110. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13107/13718>
- Guzmán, A. y Valdés, M. C. (2012). Del matrimonio indisoluble al divorcio exprés del Distrito Federal. *Revista IUS*. 6 (29). Recuperado de

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100006

Guerrero, M. (2013). *Análisis sobre la aplicación del divorcio incausado en el Estado de México* (tesis de pregrado). Universidad Autónoma del Estado de México, México.

Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. Quinta edición. México: Graw Hill.

Hunter, I. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (35), 149-188. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000200005

Ibáñez, Y. A. (2008). *Divorcio por consentimiento mutuo* (tesis de maestría). Universidad Mayor, Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca, Trinidad, Bolivia.

Landa, C. (2012). *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*. Recuperado de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/derecho_debido_proce_jurisp_vol1.pdf

Ledesma, M. (2011). *Comentarios al Código Procesal Civil-Análisis artículo por artículo*. Tercera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil-Análisis artículo por artículo*. Lima, Perú: Gaceta jurídica.

López, A. (s.f.) *El recurso de casación civil: propuestas para la estructuración de un mercado eficiente*. Recuperado de http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2367/3/lopez_ba.pdf

Medina, M. (s.f.) *Nuevas causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporados por la ley 27495*. Recuperado de

http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-03_nuevas_casales_separacion_cuerpos_210208.pdf

Merino, L. D. (s.f.) Consideraciones sobre la naturaleza constitucional del derecho a la doble instancia en el ámbito civil. Recuperado de <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/boletin2daedicion/articulos/Articulo-DobleInstancia.pdf>

Miranda, M. (s.f.) *Nuevas causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporados por la Ley 27495*. Recuperado de http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-03_nuevas_casales_separacion_cuerpos_210208.pdf

Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/material2014.pdf>

Monroy, J. (s.f.) Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. *Ius et veritas*. 21-31. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15354/15809

Nugent, R. (s.f.) *El impulso y la preclusión procesales*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5143852.pdf>

Núñez del Prado, (2015). *Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Núñez del Prado, F. (s.f.) Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano. *Themis*. 393-412. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5081173.pdf>

Ossorio, M. (s.f.) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Primera edición electrónica. Recuperado de https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

Osterling, F. y Castillo, M. (s.f.) *Responsabilidad civil derivada del divorcio*. Recuperado de

http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf

Osterling, F. (2013). *La indemnización de daños y perjuicios*. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>

Parodi, C. (s.f.) La Corte Suprema: ¿Corte de instancia o Corte de casación? *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/1445/1393

Parra, J. y Montoya, G. (s.f.) *Sociedad conyugal y sociedad patrimonial*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5617399.pdf>

Placido, A. F. (2003). *La separación de hecho: ¿divorcio-culpa o divorcio-remedio?* Recuperado de http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF

Ponce, M. (2018). *El divorcio en el Derecho chileno: Críticas y propuestas*, en la Universidad de Chile (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Ramírez, N. (s.f.) ¿Casación o recurso de nulidad? *Ius Et Veritas*. 121-128. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15402/15854>

Ruiz, X. G. (2016). *El divorcio sin expresión de causal en la legislación ecuatoriana* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ambato, Ecuador.

Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. (14).

Tamez, B. M. y Ribeiro, M. (s.f.) *El divorcio, indicador de transformación social y familiar con impacto diferencial entre los sexos: estudio realizado en Nuevo León*. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/pp/v22n90/2448-7147-pp-22-90-00229.pdf>

Tuesta, W. (2010). *La relación funcional de la garantía de la doble instancia* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

- Valcárcel, L. J. (2008). *La pluralidad de instancia*. Recuperado de <http://liliajudithvalcarcellaredo.blogspot.com/2008/07/la-pluralidad-de-instancia.html>
- Varsi, E. (2007). *Divorcio y separación de cuerpos*. Lima, Perú: Grijley
- Vega, M. A. (2017). *La tutela sumaria anticipatoria en el proceso civil de conocimiento como resultado de la técnica de la ponderación aplicada al conflicto entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho de defensa del demandado, en los casos en que la pretensión es susceptible de valoración económica* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Velasco, F. (1994). La casación civil. *Derecho*. (48), 51-56. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_048.pdf
- Vladila, L., Ionescu, S. y Matei, D. (2011). El derecho de defensa. *Revista de la inquisición (intolerancia y derechos humanos)*. 15, 243-258. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3821722.pdf>
- Yaipen, V. P. (2012). *La casación en el sistema penal peruano* (tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

b. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

- Expediente N° 5019-2009-PHC, de fecha 9 de diciembre de 2015.
- Expediente N° N° 05410-2013-PHC/TC, de fecha 18 de marzo de 2014.
- Expediente N° 4235-2010-PHC/TC, de fecha 11 de agosto de 2011.
- Expediente N° 2596-2010-PA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2010.
- Expediente N° 5415-2008-PA/TC de fecha 9 de agosto de 2010.
- Expediente N° 243-2008-PHC/TC, de 4 de junio de 2008.
- Expediente N° 3261-2005-PA/TC, de fecha 9 de junio de 2006.
- Expediente N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC de fecha 11 de diciembre de 2006.
- Expediente N° 8605-2005-AA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005.
- Expediente N° 6712-2005-HC/TC, de fecha 17 de octubre de 2005.
- Expediente N° 1330-2002-HC/TC, de fecha 9 de julio de 2002.

ANEXO I
MATRIZ DE CONSISTENCIA

Integración de sentencias en casos de divorcio por causal de separación de hecho y la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias			
Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
<p><i>Problema general:</i></p> <p>¿Qué se genera con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho celebrados a nivel nacional en el periodo comprendido entre los años 2014 a 2018?</p>	<p><i>Objetivo general:</i></p> <p>Establecer qué se genera con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho celebrados a nivel nacional en el periodo comprendido entre los años 2014 a 2018.</p>	<p><i>Hipótesis general:</i></p> <p>Se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias con la emisión de un primer pronunciamiento en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en procesos de divorcio por causal de separación de hecho celebrados a nivel nacional en el periodo comprendido entre los años 2014 a 2018.</p>	<p><i>Tipo de investigación:</i></p> <p>Dogmática.</p> <p><i>Nivel de investigación</i></p> <p>Explicativo.</p> <p><i>Unidades de análisis:</i></p> <p>Ejecutorias emitidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema en el período comprendido entre los años 2014 al 2018, en casos de divorcio por causal de separación de hecho, en las que existen pronunciamientos respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes.</p>

Problemas específicos:	Objetivos específicos:	Hipótesis específicas	Técnicas e instrumentos de recolección de datos:
<p>1. <i>¿Qué se genera al integrar la sentencia en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho?</i></p> <p>2. <i>¿Qué se genera al disponer en segunda instancia la indemnización frente a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal establecida en primera instancia en casos de divorcio por la causal de separación de hecho?</i></p>	<p>1. <i>Demostrar qué se genera al integrar la sentencia en segunda instancia incorporando la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho.</i></p> <p>2. <i>Demostrar qué se genera al disponer en segunda instancia la indemnización frente a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal previamente establecida en casos de divorcio por la causal de separación de hecho.</i></p>	<p>1. <i>Se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias al integrar la sentencia en segunda instancia respecto a la indemnización por daños o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal en casos de divorcio por causal de separación de hecho.</i></p> <p>2. <i>Se genera la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias al disponer en segunda instancia la indemnización frente a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal establecida en primera instancia en casos de divorcio por la causal de separación de hecho.</i></p>	<p>– Técnica: Análisis documental. – Instrumento: Ficha de análisis.</p>

ANEXO II
Ficha de análisis

Ejecutoria suprema

Determinación del cónyuge perjudicado

a. Pronunciamientos respecto a la indemnización

Primera
instancia

Segunda
instancia

Corte
Suprema

b. Pronunciamientos respecto a la adjudicación preferente de bienes

Primera
instancia

Segunda
instancia

Corte
Suprema
