

Derecho de Familia

Serie: Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional
Nº 3

DERECHO DE FAMILIA

Serie: Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional / N° 3

Líneas de pensamiento de los jueces:

Dafne Barra Pineda / Cusco

Rocío Aquize Cáceres / Arequipa

Wilda Cárdenas Falcón / La Libertad

Artículos de estudiantes de Derecho
del voluntariado del proyecto ASSJ



Comisión Andina
de Juristas

Comisión Andina de Juristas

Derecho de familia / Dafne Barra Pineda y otros.-- Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009

104 p. -- (Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional; 3)

ISBN:

DERECHO DE FAMILIA / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MAGISTRADOS / RAZONAMIENTO
JUDICIAL / SENTENCIAS / PERÚ

Derecho de Familia

Serie: Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional / N° 3

© Comisión Andina de Juristas

Los Sauces 285, Lima 27

Teléfonos: (51-1) 440-7907

Fax: (51-1) 202-7199

Internet: www.cajpe.org.pe

Email: postmast@cajpe.org.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-10848

ISBN:

Primera edición

1000 ejemplares

Lima, agosto de 2009

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Corrección

Cecilia Heraud Pérez

Diseño de cubierta e interiores

Gisella Scheuch Pool

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	11
PRIMERA PARTE	
1. MARCO TEÓRICO	13
1.1. DIVORCIO POR CAUSAL	15
1.2. ALIMENTOS	26
1.3. VIOLENCIA FAMILIAR.....	30
2. LÍNEAS INDIVIDUALES DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL	33
2.1. LINEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA	
DAFNE BARRA PINEDA / Cusco	35
2.1.1. Análisis de las sentencias	35
2.1.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.....	48
2.1.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Barra	49
2.2. LÍNEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA	
ROCÍO AQUIZE CÁCERES / Arequipa	51
2.2.1. Análisis de las sentencias	51
2.2.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.....	60
2.2.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Aquize.....	61
2.3. LÍNEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA	
WILDA CÁRDENAS FALCÓN / La Libertad	62
2.3.1. Análisis de las sentencias	62
2.3.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.....	72
2.3.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Cárdenas.....	73

SEGUNDA PARTE

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL VOLUNTARIADO UNIVERSITARIO75

JUSTIFICACIÓN77

1. SOBRE PREDICTIBILIDAD JUDICIAL.....79

La predictibilidad, alivio de los litigantes

ABEL CONSTANTINO CRUZ QUINTANILLA79

Recobrando la confianza de la ciudadanía en el Poder Judicial:

Transparencia Jurisdiccional

KORY EKATHERINE DEL CARPIO RIVERA.....82

La predictibilidad jurisdiccional como mecanismo de fortalecimiento
de un Poder Judicial legitimado por la sociedad civil

JORGE ADRIÁN ZÚÑIGA ESCALANTE.....85

2. TEMAS DE FONDO SOBRE MATERIAS JURÍDICAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES87

La legitimidad para obrar en los intereses o derechos difusos

JOSUNE PACO ARMÉSTAR.....87

Límites a la prueba ilícita: Contenido esencial de los derechos fundamentales.

Nuevo Código Procesal Penal vigente desde el 1° de abril en el Distrito
Judicial de Lambayeque

LEYLA IVON VÍLCHEZ GUIVAR92

Hacia una correcta administración de justicia: la reforma de la justicia penal

ERICK DENNIS PALLAROSO VÁSQUEZ.....99

Concurrencia de acreedores de un mismo bien inmueble.

Análisis doctrinario y jurisprudencial

CÉSAR GOICOCHEA JIMÉNEZ.....102

PRESENTACIÓN

Uno de los proyectos que más satisfacciones ha dado a la Comisión Andina de Juristas (CAJ) es el de Auditoría Social al Sistema de Justicia (ASSJ), pues permitió abrir un espacio de interacción entre los jueces y la sociedad civil. Este proceso no hubiera sido posible sin la participación de los jóvenes y, en particular, de los estudiantes de Derecho de las universidades que colaboran.

A lo largo de su ejecución fueron varios los reconocimientos. Sin duda, estos consagran la iniciativa y la voluntad enorme de la juventud entusiasta y el espíritu transparente y democrático de los jueces participantes. Si existe un rasgo que define el proceso es la voluntariedad, la gratuidad del esfuerzo y la solidaridad con su causa. Por eso, esta publicación seriada, que se inicia con jurisprudencia Civil analizada y continúa con materia Penal y de Familia, rinde tributo y agradece a este numeroso grupo de jóvenes y a los jueces ejemplares.

Uno de los productos más resaltantes de este proceso es el de las sentencias judiciales que sirve para dilucidar las líneas de pensamiento jurisdiccional de cada uno de los jueces participantes, de cara a una justicia predecible y confiable. Son protagonistas de este proceso, los llamados «jueces transparentes», jueces convocados por la CAJ que voluntariamente pusieron a disposición sus decisiones jurisdiccionales, materia prima con que se vienen realizando las diversas actividades vinculadas a este proceso.

En la página web del proyecto www.auditoriajudicialandina.org es posible constatar el aporte jurisdiccional, que ahora presentamos a través de un libro. Sin embargo, ésta no es, como en los «Cuadernos Personales de Decisiones Jurisdiccionales» (producto en la página web), una recopilación de la integridad de las resoluciones emitidas por los jueces, es más que eso, un caudal de sentencias sistematizadas y analizadas en su conjunto.

En efecto, la CAJ recaudó un conjunto de sentencias seleccionadas por los jueces civiles, penales y de Familia de diferentes sedes judiciales (con el apoyo del voluntariado), las reunió en una síntesis, las sistematizó y luego las analizó. El objetivo del análisis fue resaltar la coherencia argumentativa de cada uno de los jueces, esto es, si siguen un patrón de razonamiento judicial o si, por el contrario, se contradicen en su lógica y conceptos.

El otro objetivo del análisis fue rescatar el pensamiento jurisdiccional de cada juez y subrayarlo para que el propio juez u otros, recojan ese pensamiento como un referente de juicio para el futuro.

Dado que el análisis jurisprudencial en un sistema legalista es complicado, se encontraron algunas dificultades que se supo sortear. Los jueces tienden a sustentar y fallar en base a la norma jurídica y, por tanto, las sentencias suelen ser muy repetitivas en ese aspecto. La aplicación de la ley deja escaso campo para la creación jurisdiccional y, en consecuencia, no provee de materia prima suficiente a la doctrina jurídica. Sin embargo, se constatan razonamientos que derivan de la lógica y unión de los conceptos, de conexiones y deducciones novedosas que aportan a la casuística.

Cuando los jueces son coherentes inspiran confianza y tornan la justicia en predecible. El presente libro sirve a ese fin y pretende que los jueces que lo consulten, encuentren razonamientos que sean una verdadera referencia para sus fallos. En general, está destinado a que la comunidad jurídica asimile los razonamientos y los reclame para la práctica jurisdiccional.

En el tercer número se presenta, como un elemento que no por adicional es menos importante, un conjunto de artículos escritos por los jóvenes estudiantes voluntarios del proyecto. Ellos trazan en sus páginas, el análisis fresco, la mirada joven de la justicia. Varios de ellos aportan nuevas visiones de lo que deberían ser los procesos judiciales y las reformas para mejorarlos. En algunos casos, se redescubren conceptos. La CAJ cree importante dar tribuna al pensamiento joven, especialmente, al de aquellos que son partícipes voluntarios directos de un proceso que como la Auditoría Social es, de por sí, una escuela de pensamiento sobre la justicia.

Reiteramos el agradecimiento de la CAJ a los jueces transparentes que hicieron posible esta publicación. En particular a los jueces civiles: Víctor Obando Blanco (Callao), Henry Huerta Sáenz (Lima), Alex Herrera Delgado (Junín), Heriberto Gálvez Herrera (Lambayeque).

Agradecemos igualmente a los jueces penales Antonia Saquicuray Sánchez (Lima), Pablo Carpio Medina (Arequipa), Margarita Zapata Cruz (Chiclayo) y Fernando Bazán Cerdán (Cajamarca). En la misma medida, va la gratitud por este considerable aporte a los jueces de Familia Dafne Barra Pineda (Cusco), Wilda Cárdenas Falcón (La Libertad) y Rocío Aquize Cáceres (Arequipa).

Se debe mencionar, con agradecimiento, la colaboración desinteresada y vital del Voluntariado Universitario de Lima, Junín, Lambayeque, La Libertad, Arequipa, Cajamarca y Cusco.

Asimismo, expresamos un agradecimiento especial a Juan Jiménez Mayor, que fue quien analizó las sentencias, rastreó las líneas de pensamiento jurisdiccional de cada juez y buscó la coherencia argumentativa en el trabajo de administrar justicia.

Sistematizó y orientó el contenido de los libros Raúl Mendoza Cánepa, investigador de la CAJ. Colaboraron en este proceso, tanto en la recopilación como en las coordinaciones Verónica Castro Peña y Elka Torres Colán, bajo la dirección de Eddie Cóndor Chuquiruna, como coordinador del Proyecto y del Área de Participación Ciudadana y Buenas Prácticas.

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS

Director Ejecutivo

Comisión Andina de Juristas

INTRODUCCIÓN

La Comisión Andina de Juristas (CAJ) presenta a la comunidad jurídica su tercer número de la serie «Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional», esta vez sobre Derecho de Familia.

Precisamente una de las instituciones esenciales y básicas de la comunidad es la familia. Lo que se desprende de su regulación y reconocimiento tanto como del tratamiento que le dan los jueces a través de sus sentencias es que importa socialmente su sostenimiento y, por tanto, delinear las reglas que aseguren una convivencia pacífica y una separación que genere el menor daño posible. Pero interesa, especialmente, la situación de los menores de edad que se ven afectados cuando la familia se desintegra.

La desintegración es un proceso que queda en evidencia a lo largo de este libro. Como tal, se inicia con diversas manifestaciones particulares que no hemos logrado identificar. Pero lo que llama la atención es una de esas manifestaciones, que observamos recurrente en los estratos más pobres de la población: la violencia familiar. Ésta no es solo la agresión física; se constituye también por hostigamientos verbales y actitudes que implican un daño a la dignidad del otro cónyuge y, puede, desde luego, ser recíproca. Por los casos analizados en esta edición y en la página web de la Auditoría Social al Sistema de Justicia (ASSJ) se percibe que en muchos casos un factor detonante es la excitación por el alcohol.

Cada caso tiene su matiz y se entiende por sí mismo. Sin embargo, los jueces nos ayudan a entender la esencia de esa violencia cuando, desde la justicia, la interpretan a la luz de sus considerandos y sus fallos.

Otra manifestación del resquebrajamiento de la familia es el divorcio. No abundaremos en este concepto que el libro desarrolla. Lo que sí llama la atención es el número de menores puramente alimentistas. Aunque no sirve para la estadística, se pudo recoger diversas sentencias que pusieron sobre el tapete un problema común entre los jóvenes: nacimientos no reconocidos por el padre. La constante, tras la lectura del libro, es ubicar a padres que rechazan el embarazo y que fuerzan a la madre a reconocerlos en solitario. La demanda pide al juez aplicar la presunción de paternidad que reza: *«todo aquel que mantuvo relaciones con la madre en tiempos de la concepción es reputado como padre»*. Esta situación, con toda su

dureza y que toca a los alimentos, tiene contacto tangencial con otros temas, referidos más bien a la información que tienen los jóvenes sobre su sexualidad y fertilidad.

Todos estos temas son abordados por los jueces transparentes con sabiduría legal y doctrinaria, teniendo como eje el bienestar de la familia y del menor. La regulación y la jurisprudencia en este caso es protectora del menor, que es el primer y más grave afectado cuando el hogar se desintegra, la violencia trauma o destruye, el divorcio hiende y el desamor de unos desprovee.

12

Las líneas individuales de pensamiento jurisdiccional que presentamos muestran la coherencia de los jueces participantes al momento de resolver y sirven de referencia para juzgar mejor en el futuro.

PRIMERA PARTE

1. MARCO TEÓRICO

1.1. DIVORCIO POR CAUSAL

Definición

Los juristas que han investigado sobre el origen etimológico de esta institución del Derecho en su mayoría señalan que el vocablo divorcio se desprende del término latino *divortium* que deriva a su vez del verbo *divertere* que significa separarse o irse cada uno por su lado. Otros precisan más bien que surge de la palabra *divorto* o *divortes* cuyo significado es separarse o disgregarse.

Como es sabido, cuando las personas contraen matrimonio civil surge el vínculo como consecuencia inmediata; éste tiene implicancias personales y patrimoniales que son reguladas por la ley. Sin embargo, se dan situaciones en la realidad en las que debido a factores de diversa índole se produce el desgaste o incluso la ruptura de la relación de los cónyuges. Siendo ello así, dichas situaciones también deben estar reguladas por la ley, como en efecto sucede, tanto en lo que atañe a los supuestos en los que procede el divorcio, como a las consecuencias que éste acarrea para cada uno de los cónyuges, su descendencia de ser el caso y la sociedad en general.

El divorcio en términos genéricos constituye la institución jurídica mediante la cual se arriba a la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo la doctrina es pacífica en aceptar que existen dos clases de divorcio:

- **Divorcio relativo o separación personal**
Denominado es nuestra legislación separación de cuerpos. Se produce como consecuencia del decaimiento del vínculo matrimonial, en cuya virtud los cónyuges ponen fin a la vida en común. Es decir, deja de ser exigible el deber conyugal de cohabitación. Sin embargo, se mantiene vigente el vínculo matrimonial y como lógica consecuencia los cónyuges están impedidos de contraer matrimonio con otra persona.
- **Divorcio absoluto o vincular**
Implica la extinción total y definitiva del vínculo conyugal.

En tal sentido, el jurista Héctor Cornejo Chávez señala «...no obstante aplicarse a veces el mismo nombre de divorcio tanto a la separación de cuerpos como a la disolución del vínculo matrimonial, distinguiéndose ambas figuras con los calificativos de relativo y absoluto, existe entre las dos una diferencia esencial, pues mientras en la primera el decaimiento del nexo conyugal no

permite a los casados la formación de un hogar distinto, en la segunda —que destruye totalmente el vínculo— cada uno de los ex cónyuges está facultado para contraer nuevo matrimonio con nuevas personas»¹.

En efecto, en nuestra legislación se regula de un lado la separación de cuerpos, la que una vez declarada exime a los consortes del deber de cohabitación, subsistiendo el nexo conyugal y de otro, el divorcio vincular que es el que extingue de manera definitiva el vínculo matrimonial.

16

Sobre las causales de la separación de cuerpos y divorcio vincular en nuestra legislación

Cabe señalar que las causales para acceder a la separación de cuerpos o al divorcio vincular, están taxativamente establecidas en el Código Civil peruano. Éstas constituyen los únicos supuestos de hecho a los que se les atribuye como consecuencia la declaración judicial del decaimiento o la extinción del vínculo matrimonial

En efecto, el legislador ha regulado las causales que pueden ser invocadas a efectos de obtener la declaración judicial de la separación de cuerpos en el artículo 333°, incisos del 1 al 13 del citado cuerpo normativo. De otro lado, el artículo 349° del mismo cuerpo legal establece que para acceder al divorcio se pueden alegar las doce primeras causales previstas por la norma antes referida.

Y es que, según explicaremos con mayor amplitud más adelante, la causal contemplada por el inciso 13 del artículo 333° del Código Civil, consistente en la separación convencional, solo puede ser invocada para obtener una declaración judicial de separación de cuerpos, luego de lo cual, transitada la correspondiente etapa procesal, se puede recién solicitar se declare el divorcio definitivo. En consecuencia, cuando se alega la referida causal no se puede arribar directamente al divorcio vincular sino que éste sea solicitado de manera subsecuente.

Es necesario acotar que la mayoría de las causales previstas por nuestra legislación se enmarcan en la tesis del «divorcio-sanción». Esta doctrina parte de considerar que debe acreditarse la culpa en que incurrir uno o ambos cónyuges a efectos de que la separación de cuerpos o el divorcio puedan ser judicialmente declarados. Se plantean entonces las causales de divorcio o separación como conductas antijurídicas que contradicen la observancia de los deberes y derechos personales que el matrimonio impone a los cónyuges. Es como consecuencia de ello que las normas establecen, además, una sanción para el cónyuge culpable.

¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores S.R. L. Lima, p. 323.

No obstante que el divorcio en el Perú fue concebido por los legisladores desde la óptica de la citada tesis, actualmente se da la coexistencia de dicha doctrina con la del «divorcio remedio» que más bien considera a esta institución como la alternativa más viable para poner fin al conflicto conyugal, sin que resulte jurídicamente relevante identificar al o a los responsables. Es así que con la dación de la Ley 27495² el divorcio en el Perú adquirió un nuevo matiz, por cuanto se adicionó a la causal de separación convencional, que era la única que no respondía a la tesis del «divorcio sanción», dos más de similar naturaleza: la imposibilidad de hacer vida en común y la separación de hecho de los cónyuges.

Causales que se enmarcan en la tesis doctrinaria del «divorcio-sanción»

El adulterio

Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se ha establecido que esta causal se configura cuando se mantiene relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge, siempre que sea del sexo opuesto, toda vez que el Código Civil prevé como causal distinta la homosexualidad.

Para que se configure esta causal se requiere la verificación de un elemento objetivo, cual es la relación sexual del cónyuge culpable con persona distinta y, de otro lado, un elemento de carácter subjetivo dado por la intención conciente y deliberada de quebrantar el deber de fidelidad que implica el matrimonio.

Según la doctrina y como bien refiere Umpire Nogales una condición indispensable para que se configure esta causal es que el adulterio no debe ser provocado, tolerado o consentido por el otro cónyuge³.

En relación al plazo de caducidad, éste opera a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge agraviado y en todo caso en un plazo máximo de diez años de producido.

Violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias

Esta causal comprende todos aquellos actos producto de la violencia física o psicológica que de manera constante o reiterada uno de los cónyuges comete contra el otro.

Mientras que la violencia física por su propia naturaleza ocasiona daños visibles (lesiones leves o graves), la violencia psicológica, que se ejerce a través de distintos mecanismos de hostigamiento emocional (afrentas, burlas, indiferencia, humillación, etc.) produce más

² Esta ley fue promulgada el 7 de julio del 2001.

³ UMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando. *El Divorcio y sus Causales*. Ediciones Jurídicas. 2001, Lima, p. 109.

bien daño en la psique de la víctima. «*El daño psíquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo, de carácter patológico, del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconocida magnitud*»⁴.

Esta causal originalmente estaba regulada como «sevicia», concepto referido al trato cruel de un cónyuge respecto del otro con la intención clara y deliberada de causarle sufrimiento. Es decir, que se exigía la acreditación de un elemento de carácter subjetivo cual es el ánimo ultrajante. Esta concepción ha sido ya superada. En efecto, una de las Disposiciones Modificadorias del Decreto Legislativo N° 768 —Código Procesal Civil— introdujo una nueva denominación para esta causal, en virtud de lo cual la «sevicia» pasó a llamarse «violencia física y psicológica».

Una peculiaridad importante de esta causal es que el legislador le confiere al juez la facultad de apreciar los hechos o circunstancias que se alegan teniendo en cuenta las condiciones particulares de los cónyuges, es decir, su estrato social, educación, costumbres, entre otras. En consecuencia, el magistrado utilizando su prudente arbitrio definirá luego de merituado todo ello si se configura o no la causal.

La acción en estos casos caduca a los seis meses de producida la causa, o en todo caso a los cinco años.

Atentado contra la vida del cónyuge

Según Carmen Julia Cabello, esta causal equivale a la «...*tentativa de homicidio cometida por un cónyuge en perjuicio del otro*»⁵.

En efecto, esta causal está comprendida por todo acto doloso que realiza un cónyuge en contra del otro con la finalidad de quitarle la vida, lo que en definitiva convierte en insostenible la vida en común.

Cabe precisar que la participación del cónyuge en la realización incompleta del homicidio del otro puede ser como autor (directo o mediato), cómplice o instigador.

La acción de separación de cuerpos por esta causal caduca a los seis meses de conocido el atentado por el ofendido y en todo caso, a los cinco años de producido.

⁴ PLÁCIDO V., Alex F. *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 197.

⁵ CABELLO Carmen Julia. *Cincuenta Años del Divorcio en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 63.

Injuria grave que haga insoportable la vida en común

Esta causal también es denominada por la doctrina como «sevicia moral», toda vez que está constituida por «...*el ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro...*»⁶.

A nivel jurisprudencial se ha establecido que la injuria grave importa una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que imposibilita la vida en común.

A decir de Carmen Julia Cabello, «*la ofensa inferida al cónyuge es susceptible de estar contenida en palabras, pronunciadas en forma verbal o escrita, gestos, conducta, e incluso actitud, que denote un ultraje, representando para el consorte un profundo vejamen hacia su personalidad y dignidad*»⁷.

La Ley N° 27495 modificó esta causal añadiendo un requisito adicional. La ofensa o ultraje inexcusable debe necesariamente volver insoportable la vida en común. Los jueces deben evaluar las consecuencias y la magnitud del comportamiento inapropiado del cónyuge a efectos de determinar si éste califica o no como injuria grave.

Esta causal no puede ser invocada válidamente luego de transcurridos seis meses desde que se verificó la causa.

Abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de ese plazo

Esta causal se configura cuando uno de los cónyuges incumple lo establecido por el artículo 289° del Código Civil que textualmente dice: «*Es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal*», siempre y cuando el alejamiento de la casa conyugal se produzca sin justa causa y por un periodo mayor de dos años continuos o, en su defecto, cuando la suma de los periodos de abandono exceda dicho plazo.

En consecuencia son tres los requisitos que deben confluir para que proceda la separación de cuerpos o divorcio que se funda en esta causal:

- La separación material del hogar conyugal por parte del demandado.
- La intención deliberada de poner fin a la vida en común, rompiendo con ello de hecho la unidad matrimonial.
- Que se verifique el plazo legal mínimo de abandono.

⁶ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Op. cit.* p. 302.

⁷ CABELLO Carmen Julia. *Op. cit.*, p. 70.

Al respecto la doctrina es unánime en considerar, como bien refiere Umpire Nogales, que el alejamiento del hogar conyugal que no esté justificado en algún motivo serio y razonable debe reputarse realizado con el propósito de eludir los deberes del matrimonio⁸.

La probanza en este caso deberá estar orientada a acreditar ante el juez que el matrimonio tuvo domicilio conyugal, la separación física de la casa conyugal por parte del demandado, el plazo mínimo legal del abandono y la ausencia de causa que justifique dicho accionar, que además debe implicar la sustracción en el cumplimiento de los deberes conyugales.

Finalmente, en cuanto a esta causal resulta importante acotar que mientras subsista el abandono no opera la caducidad de la acción.

Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común

Esta causal está comprendida por los actos deshonestos e inmorales de uno de los cónyuges, que se producen de manera habitual y que afectan considerablemente la personalidad e imagen del otro. Dichos actos atentan contra el respeto mutuo que se deben guardar los cónyuges y, por consiguiente, perjudican la armonía y la dignidad de la familia, deviniendo por causa de éstos insostenible la vida en común.

El elemento objetivo de esta causal está dado por el comportamiento impropio del cónyuge y el subjetivo por el carácter intencional o negligente de aquél.

Al igual que en el caso anterior, la acción no caduca mientras subsistan los hechos que motivan la causal.

Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347° del Código Civil

Según Carmen Julia Cabello, *«la toxicomanía es definida como el hábito patológico de intoxicarse, mediante la absorción de sustancias, sin motivos terapéuticos convirtiéndose en una necesidad irresistible, caracterizada por reacciones de acostumbramiento, que generan en el individuo lesiones físico-mentales de carácter irreversible, y que muchas veces han de conducir a una muerte trágica»*⁹.

Para interponer la acción en este caso deberán confluir los siguientes requisitos:

- Que uno de los cónyuges consuma de manera habitual drogas alucinógenas o sustancias que generen toxicomanía.
- Que dicho uso sea injustificado (sin prescripción médica).

⁸ UMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando. *Op. cit.*, p. 133.

⁹ CABELLO, Carmen Julia. *Op. cit.*, p. 147.

- Que represente un peligro para el otro cónyuge y su descendencia.
- Que como consecuencia de lo anterior se haga insoportable la vida en común.

La acción puede ser planteada mientras subsistan los hechos que sustentan la causal.

Enfermedad grave de transmisión sexual

Los requisitos para la configuración de esta causal son:

- Contraer enfermedad grave de transmisión sexual entendida ésta como una «...de naturaleza infecciosa o parasitaria en la que la transmisión a través de la relación sexual tiene una importancia epidemiológica, aunque en algunas de ellas éste no sea el mecanismo de transmisión primario exclusivo»¹⁰.
- Que dicha afección haya sido contraída con posterioridad a la celebración del matrimonio.
- Que tal circunstancia implique violación del deber de fidelidad.
- Peligro para el otro cónyuge y la descendencia.

La acción se encuentra expedita mientras subsista la enfermedad.

Homosexualidad sobreviviente al matrimonio

Según refiere Plácido «la homosexualidad se caracteriza porque el individuo siente atracción sexual por otra persona de su mismo sexo, por lo que puede ser masculina o femenina (lesbianismo)»¹¹.

El legislador parte de considerar que esta conducta acarrea graves consecuencias a nivel familiar e incluso llega a imposibilitar la realización del matrimonio y su objetivo.

A efectos de que pueda ser invocada como causal de divorcio la homosexualidad debe ser sobreviviente al matrimonio y no anterior al mismo y adicionalmente se requiere que esta condición del demandado determine la insostenibilidad de la vida en común.

El plazo de caducidad es de seis meses de conocida por el cónyuge y en todo caso a los cinco años de producida.

¹⁰ UMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando. *Op. cit.*, p. 144.

¹¹ PLÁCIDO V., Alex F.: *Divorcio. Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución del Matrimonio*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2002, p. 68.

Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio

Para que opere esta causal es necesario que confluyan los siguientes presupuestos factuales:

- Que el cónyuge sea condenado a pena privativa de la libertad por la comisión de un delito grave. Ello implica que se haya seguido contra el cónyuge el proceso penal correspondiente existiendo sentencia firme cuyo fallo contenga pena privativa de libertad.
- Que la condena a pena privativa de libertad sea mayor de dos años.
- Que la condena haya sido impuesta después del matrimonio.
- Que el cónyuge no haya conocido del delito antes de casarse.

Cabe precisar que no se exige que el agraviado con la comisión del delito en cuestión sea el otro cónyuge.

Causales del Código Civil relacionadas con la tesis del «divorcio-remedio»

Separación convencional

Esta se da cuando ambos cónyuges, previo acuerdo, manifiestan formalmente la intención de exonerarse del cumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, extinguir el régimen patrimonial de sociedad de gananciales y de ser el caso, extinguir el vínculo matrimonial de manera definitiva.

Para ello se exige que ambos coincidan en los aspectos más importantes, relacionados con los efectos que tuvo su matrimonio, es decir, que no exista controversia alguna entre ellos en relación a la manera en que se va a liquidar la sociedad de gananciales, tenencia, régimen de visitas y régimen alimenticio de los hijos menores de edad y del cónyuge; evidentemente en relación a este último mientras subsista el vínculo marital.

Conforme lo hemos señalado, nuestra legislación prevé esta figura como una causal de separación de cuerpos y no de divorcio vincular. Es decir, no es posible acceder a la extinción definitiva del vínculo matrimonial de manera directa a través de esta causal.

En efecto, en primer lugar los cónyuges que han arribado al acuerdo en los términos del artículo 575° del Código Procesal Civil deberán obtener la declaración judicial de separación de cuerpos para luego de transcurrido el plazo previsto por el artículo 580° del citado cuerpo normativo, solicitar se declare la disolución definitiva del matrimonio.

Imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial

Ésta constituye una de las principales reformas que han sido hechas en relación al régimen de decaimiento y disolución del matrimonio en el Perú, toda vez que se trataría de una causa objetiva que por ende encaja dentro de la doctrina del divorcio visto como remedio del conflicto matrimonial.

Umpire Nogales conceptualiza esta causal de la siguiente manera:

«... imposibilidad de hacer vida en común significará la falta de actitud personal de los cónyuges para emprender un proyecto de vida compartido. Lo que indubitablemente atenta contra la existencia del matrimonio. Ya que la permanencia del matrimonio reside en la intención de hacer la vida en común»¹².

No obstante lo expuesto para esta causal también se aplica el principio de invocabilidad de hecho propio contemplado por el artículo 335° del Código Civil en cuya virtud los hechos que dan lugar a este supuesto solo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió. Esta norma se contradice con la intención del legislador de introducir la tesis del divorcio remedio, toda vez que esta causal termina siendo una nueva de carácter inculpatario.

El cónyuge que invoque esta causal deberá acreditar ante el juez con medios probatorios idóneos y suficientes que los hechos alegados en efecto hacen imposible continuar o reanudar la vida en común.

La acción no caduca mientras subsistan los hechos que configuraron la causal

Separación de hecho

Esta causal consiste en *«el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos»¹³.*

En este caso el legislador ha entendido que la separación física de los cónyuges por un tiempo determinado (dos años ininterrumpidos si los cónyuges no tuviesen hijos menores y cuatro años cuando los tienen) es signo palmario del fracaso matrimonial.

A diferencia del abandono injustificado del hogar conyugal en este supuesto cualesquiera de los dos cónyuges puede plantear la demanda, incluso quien se ausentó de la casa conyugal, siempre y cuando, conforme a la tercera disposición complementaria y transitoria

¹² UMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando. *Op. cit.*, p. 192.

¹³ PLÁCIDO V, ALEX F. *Op. cit.*, p. 98.

de la Ley 27495 acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Adicionalmente, lo que distingue sustancialmente esta causal de abandono injustificado es que este último nunca es consentido por el cónyuge que se queda en el hogar conyugal. La separación de hecho, en cambio, según lo hemos precisado sí puede darse como consecuencia del acuerdo manifiesto o tácito de ambos cónyuges.

24

El elemento temporal también se ha regulado de manera distinta, mientras que el plazo para el abandono es de dos años para todos los casos y pueden ser periodos menores siempre que sumados lleguen a completar dicho plazo, para el supuesto de la separación de hecho el periodo deber ser ininterrumpido y de dos o cuatro años atendiendo a si los cónyuges tienen o no hijos menores de edad.

No obstante ser esta causal por su propia naturaleza de carácter objetivo, el legislador una vez más ha mediatizado dicha condición toda vez que ha establecido la posibilidad de que en el proceso se determine cuál de los cónyuges motivó la separación y cuál sería entonces el cónyuge inocente, a efectos de resguardar sus derechos. En efecto, el juez al momento de emitir pronunciamiento en estos casos tiene la obligación de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho, así como la de sus hijos. Para ello deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiere corresponder.

En consecuencia podemos concluir que los elementos constitutivos de la causal de separación de hecho son los siguientes:

- Existencia de domicilio conyugal.
- El alejamiento físico de dicho domicilio.
- El cumplimiento del plazo legal mínimo de apartamiento.
- Que la intención de quebrantar el deber de cohabitación por parte de uno o ambos cónyuges sea el motivo del alejamiento físico.

Sobre los efectos del divorcio vincular

Según se ha señalado en los puntos precedentes, el principal efecto del divorcio es la extinción del vínculo matrimonial. Con ello cesan evidentemente los deberes y derechos recíprocos de los cónyuges. Al respecto, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

Con relación a los cónyuges

- Pueden contraer nuevas nupcias.
- Se pone fin a la sociedad de gananciales.
- El cónyuge culpable pierde los gananciales provenientes de los bienes propios del otro.
- Los cónyuges pierden el derecho a heredar.
- La extinción del vínculo matrimonial extingue a su vez la obligación de prestarse alimentos, salvo las excepciones contempladas expresamente por el artículo 350º del Código Civil.

Respecto de los hijos

- Se establece un régimen de ejercicio de la patria potestad. El cónyuge culpable en los casos establecidos por ley queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad.
- Se determina a quién le corresponde la tenencia de los hijos menores de edad y el régimen de visitas para el padre que no la ejerce.
- Se establece el régimen alimenticio a favor de los hijos menores de edad.

1.2. ALIMENTOS

Antes de pasar a desarrollar el Instituto Jurídico de los Alimentos, considerando que éste pertenece al gran campo del Derecho de Familia, nos permitimos recoger, por sus alcances, una de las múltiples definiciones que la doctrina realiza del concepto de familia.

Bronislaw Malinowsky, citado por Mabel Burin¹⁴, ensaya una definición de familia definiéndola como «*el grupo social que existe como tal en la representación de sus miembros, el cual es organizado en función de la reproducción (biológica y social) por la manipulación, de un lado, de los principios formales de la alianza, la descendencia y la consanguinidad, y de otro, de las prácticas sustantivas de la división sexual de trabajo*». Si bien resulta importante destacar el carácter amplio de esta definición, creemos que adolece de cierta contemporaneidad cuando hace referencia a la división del trabajo según el sexo de sus integrantes, pues actualmente tanto hombres como mujeres tienden a realizar similares actividades económicas, como podemos apreciar en las hoy denominadas familias monoparentales.

Ello nos lleva a afirmar que la familia típica de padres e hijos cada vez es más atípica, y que en la actualidad no existe una forma única de familia, pues ésta puede adoptar diferentes maneras de constituirse y estructurarse, dependiendo de factores socioeconómicos y culturales¹⁵.

Es necesario destacar que la protección a la familia, consagrada en el artículo 4° de la Constitución, no excluye a las familias no matrimoniales, de tal modo que el legislador se encuentra en la obligación de crear una normatividad que garantice el derecho de todas aquellas familias no matrimoniales a recibir una adecuada protección por parte del Estado.

Todas las instituciones del Derecho Familiar, como la de los Alimentos, se encuentran marcadas por el principio de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 2°, inc. 2 de la Constitución. Asimismo, el artículo 6° de la misma establece la igualdad de derechos y deberes que les corresponden a todos los hijos. Este principio también está recogido en toda la normatividad internacional.

Pues bien, uno de los aspectos más importantes que contiene el Derecho de Familia y que resulta de suma importancia para entender el régimen de los Alimentos, es el del parentesco. Si entendemos a la familia como un régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes de la unión intersexual y la procreación, la existencia de estas relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad, la afinidad o la adopción

¹⁴ BURIN, Mabel. *Género y Familia*. Paidós, Buenos Aires, 2001, p. 60.

¹⁵ Marisol Fernández Revoredo, señala que si bien se suele propiciar, a través de la legislación, que las familias se funden en uniones matrimoniales, familia y matrimonio no son lo mismo, agrega que la realidad nos dice que cada vez con mayor frecuencia existen las no matrimoniales y las monoparentales, aquellas constituidas por la madre o el padre y los hijos.

determinan el parentesco¹⁶. Así, el parentesco es el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción.

Tomando en cuenta su fuente u origen, se distingue:

- a) el parentesco por consanguinidad, es decir, el que vincula o liga a las personas que descienden una de otras (padres, hijos, etc.) o de un antepasado común;
- b) parentesco por afinidad, llámese al que vincula o liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, y
- c) parentesco por adopción, que es el existente entre adoptante o adoptantes y adoptado. Nuestra legislación resalta el parentesco en los artículos 236°, 237° y 238° del Código Civil.

La institución jurídica de los Alimentos comprende una serie de normas dirigidas a garantizar el derecho a la subsistencia del ser humano. Mediante esta institución se fija la relación obligacional alimentaria, determinando al acreedor y deudor alimentario y las condiciones en las que opera el derecho¹⁷.

En el Derecho de Familia, el derecho de Alimentos es uno de los más importantes y trascendentes, y a no dudarlo uno de los más pretendidos, bastando para ello verificar el volumen de procesos sobre alimentos que se tramitan a través de las instancias judiciales¹⁸.

El reconocido jurista Héctor Cornejo Chávez, citando a Louis Josserand, señala que los alimentos constituyen «*el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona*». Este derecho, señala, comprende todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, según su rango y condición social¹⁹. El Código de los Niños y del Adolescente (CNyA) incluye en su artículo 101° el rubro recreación como sustancial a la persona humana durante su etapa pre adulta.

El derecho de Alimentos posee determinadas características reconocidas ampliamente por la doctrina y por la legislación. El artículo 487° del Código Civil establece que el derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable. A ello debemos agregar que el derecho de pedir alimentos es personalísimo, imprescriptible, inembargable y recíproco.

Por otro lado, la principal fuente de la obligación alimentaria la encontramos en la ley y descansa en el vínculo parental y, por excepción, la ley obliga a darse alimentos entre personas extrañas entre sí, personas sin parentesco alguno, como los concubinos y los hijos alimentistas. Existen también supuestos en el que los alimentos se dan en forma voluntaria, como cuando se establece la obligación alimentaria por legado.

¹⁶ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 37-45.

¹⁷ AGUILAR, Benjamín. *El instituto Jurídico de los Alimentos*, Cultural Cuzco, 1998, p. 15.

¹⁸ AGUILAR, Benjamín. *Op. cit.*, p.16.

¹⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Op. cit.* p. 568.

La doctrina unánimemente ha considerado establecer 3 presupuestos fundamentales para ejercer el derecho de alimentos:

- 1) el estado de necesidad de quien los pide;
- 2) posibilidad económica del que debe prestarlos y
- 3) la existencia de una norma legal que establezca la obligación alimentaria.

El primer requisito descansa en el hecho de que quien solicita alimentos no debe encontrarse en posibilidades de atender sus necesidades con sus propios recursos, pues carece de ellos. En el caso de los menores de edad esta necesidad se presume por razones de orden natural. En el caso de los mayores de edad, el estado de necesidad debe ser probado, así como la imposibilidad de poder cubrir sus necesidades, ya sea por razones de trabajo o de salud²⁰.

Al respecto, es importante mencionar la gran controversia que se suscita, cada vez con menos frecuencia, con relación al derecho de alimentos del cónyuge. En múltiples oportunidades las sentencias judiciales han desarrollado diferentes interpretaciones con relación a este tema. Se ha expuesto una clara controversia entre dos normas del Derecho de Familia. La primera de ellas, el artículo 288° del Código Civil, establece que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, y la segunda, el artículo 473° del mismo cuerpo legal, señala que el mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando se encuentre imposibilitado física y mentalmente, por lo que en coherencia con el artículo 481°, el mayor de edad debe acreditar el estado de necesidad.

Así, en muchas oportunidades, diferentes resoluciones judiciales han otorgado una pensión de alimentos al cónyuge sin que éste acredite estado de necesidad, haciendo extensiva la presunción que beneficia al menor de edad.

En la casación N° 2833-99, Arequipa, publicada el 30 de noviembre del 2000, la Corte Suprema señaló que el artículo 473° del Código Civil no resulta aplicable para el caso del cónyuge, sino para aquel que llega a obtener la mayoría de edad, precisando que el cónyuge tiene derecho alimentario como regla general. Esta falta de uniformidad en la determinación del derecho a alimentos del cónyuge, ha originado disímiles sentencias judiciales, en donde por un lado se le otorga una pensión al cónyuge sin que éste acredite estado de necesidad, y por otro se le niega dicha pensión por no acreditarlo.

El segundo de los presupuestos para determinar la obligación alimentaria es el constatar las posibilidades económicas del que debe prestarlos. Al respecto, Cornejo Chávez señala, citando una vez más a Josserrand, que el juez deberá considerar no solo los ingresos del deudor y su situación familiar, sino también las posibilidades de ganar más de lo que actualmente gane²¹.

²⁰ AGUILAR, Benjamín, *Op. cit.* p.30.

²¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Op. cit.*, p. 579.

Al respecto, es importante destacar que el artículo 481° del Código Civil permite al juez convencerse a través de indicios sobre los ingresos del deudor, a fin de determinar el monto de la pensión alimentaria. Así, no es necesaria una investigación rigurosa de dichos ingresos. Esta norma resulta muy adecuada para realidades como la peruana, en la que existe demasiada informalidad con relación al empleo y a las fuentes de ingresos.

El último de los requisitos es la necesaria existencia de una norma que señale la obligación alimentaria, pues debe quedar claramente establecido quiénes son los acreedores y quiénes los deudores alimentarios, tal como lo señala el artículo 474° del Código Civil²².

Siendo éstos los conceptos sobre los que básicamente descansa el derecho de Alimentos, conviene repasar el régimen que nuestra legislación otorga a cada uno de los acreedores alimentarios.

Así, con respecto a los menores de edad, son los padres los primeros obligados a prestar alimentos. El artículo 93° del CNyA establece que por ausencia de los padres, son obligados a prestar alimentos en este orden: los hermanos mayores de edad, los abuelos y abuelas, los parientes colaterales hasta el tercer grado u otras personas responsables del menor o adolescente. Esta obligación alimentaria puede ser prorrateada a criterio del juez.

Cuando se trata de menor cuya filiación no está determinada, el único obligado a prestar alimentos es la persona que mantuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. Actualmente, este supuesto puede ser quebrado a través de una prueba de ADN.

Con relación al derecho de alimentos a favor de los cónyuges, nuestra legislación es clara en establecer que éstos se deben recíproca asistencia (artículo 288° y 471° del Código Civil). Esta obligación se extingue, en líneas generales, cuando uno de los cónyuges abandona el hogar sin justa causa y en caso de divorcio vincular.

Por último, los mayores de edad solo tienen derecho a alimentos cuando se pruebe su estado de necesidad o en caso sigan estudios con éxito hasta los 28 años. Asimismo, se ha establecido el derecho de ser asistidos los padres por los hijos, los abuelos por los nietos y entre hermanos, siempre que quede acreditado el estado de necesidad por ser mayores de edad.

Para finalizar, debemos señalar que nuestra legislación procesal ha establecido competencias diferentes para accionar una pretensión alimentaria, otorgándole competencia a los Juzgados de Paz Letrados en aquellos supuestos donde está indubitablemente probado el parentesco y la competencia a los Juzgados Especializados cuando esto no es así. Asimismo, el legislador ha flexibilizado los mecanismos para poder acceder a la tutela judicial en este tipo de pretensiones, exonerando al alimentista de formalidades en la presentación de la demanda, en la autorización de abogado colegiado, así como la exoneración del pago de aranceles judiciales.

²² AGUILAR, Benjamín. *Op. cit.*, p .33.

1.3. VIOLENCIA FAMILIAR

La violencia está presente en los diversos ámbitos de la vida cotidiana, y el Derecho encuentra graves dificultades para hacerle frente. Resulta resaltante la violencia sufrida por mujeres y menores, cuya tolerancia puede resultar del reconocimiento de la familia como una esfera especial, protegida por los derechos de privacidad e intimidad. El derecho se repliega en este contexto, no solamente por aversión a la brutalidad y respeto a la intimidad familiar, sino también por falta de compasión por el sufrimiento de las víctimas²³.

30

La raíz etimológica del término violencia remite al concepto de fuerza. A partir de esta primera aproximación semántica podemos decir que la violencia implica siempre el uso de la fuerza para producir un daño.

En sus múltiples manifestaciones, la violencia siempre es una forma de ejercicio del poder mediante el empleo de la fuerza, ya sea física, psicológica, económica, política e implica la existencia de un arriba y un abajo, reales o simbólicos, que adoptan habitualmente la forma de roles complementarios: padre-hijo, hombre-mujer, maestro-alumno, patrón-empleado, etc.²⁴.

El término violencia familiar alude a todas las formas de abuso que tienen lugar en las relaciones entre los miembros de una familia. Se denomina relación de abuso a aquella forma de interacción que, enmarcada en un contexto de desequilibrio de poder, incluye conductas de una de las partes que, por acción o por omisión, ocasionan daño físico y/o psicológico a otro miembro de la relación. La relación de abuso debe ser permanente, crónica y periódica. Por lo tanto, no están incluidas en la definición las situaciones de maltrato aisladas, que constituyen la excepción y no la regla dentro de las relaciones familiares²⁵.

El artículo 2° de la ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, establece una definición de violencia familiar: aquella acción u omisión que causa daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, ascendientes descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habiten en el mismo hogar, siempre que no exista una relación contractual o laboral y quienes hayan procreado hijos en común.

Una de las grandes dificultades que ha encontrado el Derecho para poder combatir la violencia familiar, descansa en la creencia bastante común de que lo que sucede en el ámbito de una familia es una cuestión absolutamente privada. Sin embargo, esta afirmación deja de tener validez si consideramos que cualquier acto de violencia que genera una persona

²³ OQUENDO, Ángel. *Íntimo y Personal: una perspectiva sobre la violencia*. Violencia y Derecho. SELA 2003, p. 113.

²⁴ CORSI, Jorge. *Una mirada abarcativa sobre la violencia familiar*, Buenos Aires, Paidós, 1994, p. 23.

²⁵ *Ibíd*em p. 31.

frente a otra es un acto ilícito, con funestas consecuencias, independientemente de si se da en la calle o dentro de una casa, con extraños o con familiares.

La doctrina ha establecido una serie de razones para considerar que la violencia familiar no es un problema privado²⁶:

- Las personas sometidas a situaciones crónicas de violencia del hogar presentan una debilitación gradual de sus defensas físicas y psicológicas, lo cual se traducen en un incremento de los problemas de salud;
- También se registra una marcada disminución en el rendimiento laboral.
- Los niños y adolescentes que son víctimas o testigos de la violencia familiar, presentan con frecuencia trastornos de conducta y problemas de aprendizaje.
- Los niños, que padecen en su hogar modelos de relación violentos, tienden a reproducirlos en sus futuras relaciones, perpetuando así el problema.
- Un alto porcentaje de menores con conductas delictivas proviene de hogares donde han sido víctimas o testigos de violencia crónica.
- Un alto porcentaje de los asesinatos y lesiones graves ocurridos entre miembros de una familia, son el desenlace de situaciones crónicas de violencia doméstica.

Sobre la base de las razones antes determinadas, podemos concluir que gran parte, si no la más importante, de la violencia que se da a nivel mundial, tiene su origen en situaciones crónicas de violencia doméstica, otro porcentaje tiene origen patológico y otro origen socioeconómico.

Por otro lado, existe uniformidad en la doctrina para establecer quién es la víctima del maltrato. Así, el maltrato consustancial a la violencia, ha sido clasificado en maltrato infantil, maltrato al cónyuge y maltrato a los ancianos.

El primero de ellos es definido con la acción u omisión, no accidental, que provoque daño físico o psicológico a un niño por parte de sus padres o cuidadores²⁷. Los diferentes tipos de abuso a los que está expuesto el menor pueden clasificarse en abuso físico, desde una contusión leve hasta una lesión mortal; abuso sexual, cualquier clase de contacto sexual con un niño por parte de un familiar quien esté a cuidado del menor; abuso emocional, típicamente se presenta bajo la forma de hostilidad verbal así como el bloqueo de las iniciativas infantiles; niños testigos de la violencia, cuando los niños presencian situaciones crónicas de violencia entre sus padres.

También se incluye dentro del maltrato infantil el abandono físico, descuido en la alimentación, higiene, cuidados médicos, etc., y el abandono emocional, entendido como la ausencia de contacto afectivo con el niño.

²⁶ *Ibíd.* p. 31.

²⁷ OQUENDO, Ángel. *Op. cit.*, p. 116.

La violencia hacia el cónyuge incluye las situaciones de abuso que se presentan de manera cíclica y con intensidad creciente. El 2% de los casos corresponde a abuso hacia el hombre, el 75% hacia la mujer y el 23% restante es violencia recíproca²⁸. Las formas como se manifiesta este maltrato varían de intensidad, desde el insulto hasta el homicidio, sobre todo en el caso de la mujer. En este supuesto de maltrato, el abuso sexual consiste en la imposición de actos de orden sexual contra la voluntad de la mujer. Incluye la violación marital, de muy difícil probanza en sociedades machistas como la peruana.

Por último, el maltrato a ancianos es definido como todo acto que, por acción u omisión, provoque daños físicos o psicológicos a un anciano por parte de un miembro de la familia. Comprende agresiones físicas, tratamiento despectivo, descuido en la alimentación, en el abrigo, en los cuidados médicos, el abuso verbal, emotivo y financiero, las amenazas, por parte de los hijos o de otros miembros de la familia.

La Ley 26260, así como su Reglamento, el Decreto Supremo 002-98-JUS establece los mecanismo procesales para acceder a la defensa estatal en caso de situaciones de violencia familiar, toda vez que es política del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar.

Las denuncias por violencia familiar pueden ser presentadas directamente ante la policía o ante la Fiscalía Provincial, quien deberá dictar las medidas de protección inmediatas que la situación exija, tales como el retiro del agresor, impedimento de acoso de la víctima, inventarios sobre bienes, suspensión de visitas, etc.

A nivel judicial, la sentencia emitida por el Juez de Familia deberá contener:

- Las medidas de protección a favor de la víctima.
- El tratamiento que deberá recibir la víctima, su familia y el agresor, si se estima conveniente.
- La reparación del daño.
- El establecimiento de una pensión para la víctima, cuando corresponda legalmente.

El Juez Penal intervendrá cuando se dan hechos tipificados como delitos y que se relacionan con la violencia familiar.

²⁸ CORSI, Jorge. *Op. cit.*, p. 34.

2. LÍNEAS INDIVIDUALES DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL

2.1. LÍNEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA DAFNE BARRA PINEDA

Cusco

Vocal Superior del Cusco. Abogada graduada en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Maestría en Derecho Civil por la Universidad Inca Gracilazo de la Vega. Doctorado en Derecho por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Ponente y panelista de diversos eventos académicos.

2.1.1. Análisis de las sentencias

Cabe señalar que las sentencias seleccionadas corresponden a la Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco, las que pasaremos a analizar en dos grupos atendiendo a que en algunos casos los expedientes se elevaron a dicha Sala en grado de consulta y en otros, en grado de apelación.

Sentencias recaídas en consulta

Según lo establecido por el artículo 359° del Código Civil, si no se apela la sentencia que declara el divorcio ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.

Como es conocido, la consulta es un instituto procesal que en sentido estricto no constituye un medio impugnatorio. Así tenemos que para Hernando Devis Echandía la consulta «*no se trata de un recurso, puesto que nadie lo interpone*»²⁹.

No obstante, la doctrina es pacífica al considerar que los recursos y las consultas tienen efectos similares, toda vez que a consecuencia de ellas el superior jerárquico debe revisar

²⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, Ediciones ABC, 1985, p. 571.

si el derecho fue debidamente interpretado y la ley debidamente aplicada; sin embargo en el caso de la consulta éste no es un derecho de las partes sino un imperativo normativo establecido por el legislador.

A la luz de este preámbulo de orden procesal, de la lectura de las sentencias emitidas por la magistrada Barra se aprecia que en la mayoría de las resoluciones se establece con precisión el sentido del fallo contenido en la sentencia que es materia de consulta, señalándose la causal o causales en que se basó la demanda, para luego pasar a la revisión del procedimiento y a la verificación del elemento probatorio, en virtud de lo cual resuelve aprobar o no la sentencia de grado.

Este esquema está presente de manera constante en las sentencias objeto del presente estudio, las que en su mayoría contienen una revisión de los aspectos procesales, un análisis muy conciso de los requisitos que se exigen legalmente para la configuración de las causales y si los medios probatorios aportados acreditan de manera fehaciente o no la configuración de aquellas.

Así tenemos que de la **resolución del 24 de julio del 2006** se aprecia que la magistrada Dafne Barra es ponente en un caso en el que la sentencia de fecha 12 de octubre del 2005 fue elevada en consulta en el extremo que falla declarando fundada en parte la demanda de divorcio por la causal de violencia física y psicológica y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial.

La magistrada en primer lugar se refiere al contenido del fallo que ha sido elevado en consulta, haciendo alusión a la causal que ha sido invocada por el demandante y la base legal de ésta. A efectos de arribar al fallo contenido en su resolución, tuvo en cuenta principalmente que la causa se tramitó conforme al procedimiento previsto en el artículo 480° y siguientes del Código Procesal Civil, siendo la prueba contundente y determinante de la causal de divorcio por violencia, los actuados sobre Ejecución de Acta de Violencia Familiar seguido entre las partes, en el que por incumplimiento del compromiso asumido se determinó el retiro del hogar conyugal del demandado. Atendiendo a ello es que se procede a aprobar la sentencia de grado.

Adicionalmente refiere que la sentencia consultada debe integrarse de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 350° del Código Civil, que regula los efectos del divorcio respecto de los cónyuges, estableciendo que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

En virtud de lo anteriormente expuesto es que resuelve aprobar la sentencia elevada en consulta, en el extremo que falla declarando fundada en parte la demanda, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial. Integraron la misma sentencia, declarando el cese de la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si bien es cierto que en la parte considerativa de la resolución materia de comentario no se hace un análisis detallado de los hechos que configurarían la causal, es preciso reconocer que al haberse elevado en consulta y no en apelación ello no resulta necesario. En este

caso, a diferencia de otros que analizaremos a continuación, no se hace mayor desarrollo de los requisitos que a nivel doctrinario o jurisprudencial se exigen para la configuración de la causal, lo que no significa que no los haya considerado, toda vez que se acepta de manera unánime que los actuados judiciales de un proceso por violencia judicial seguido entre las partes sirven para acreditar de manera fehaciente la causal invocada.

Adicionalmente, del análisis de esta resolución se aprecia que la magistrada Dafne Barra es especialmente cuidadosa en la revisión de los aspectos procesales ya que advierte que en el caso el juez de primera instancia omitió pronunciarse respecto a las consecuencias legales del divorcio.

Continuando con el análisis, en la **resolución del 21 de noviembre del 2006**, la magistrada Dafne Barra también es ponente en una consulta referida a un caso de divorcio, esta vez por la causal de separación de hecho. Ésta es una de las resoluciones más escuetas que nos ha tocado comentar, ya que únicamente se hace referencia a las normas legales de orden procesal que resultan aplicables al caso.

En efecto, en la parte considerativa de dicha resolución se precisa de manera muy genérica que al ser la consulta el examen de lo resuelto por el A quo, efectuada la revisión de lo actuado en el proceso, se establece que se ha tramitado con arreglo a ley al haberse garantizado el principio constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución y tramitado dentro de los mecanismos del proceso de conocimiento previsto en el artículo 475° y siguientes del Código Procesal Civil. Es decir, no se alude ninguna de las circunstancias específicas del caso, tampoco se efectúa análisis alguno de la normatividad sustantiva que resulta aplicable, ni se precisa cuáles son los medios probatorios aportados por las partes.

En base a dichos fundamentos aprobaron la sentencia del 17 de octubre del 2006 que falla declarando fundada la demanda, en consecuencia declara fenecido el régimen de sociedad de gananciales y disuelto el vínculo matrimonial.

Caso similar es el de la **resolución del 16 de mayo del 2008**, en la cual se pronuncia aprobando la sentencia del 25 de marzo del 2008, elevada en consulta por la que también se declaró fundada la demanda de divorcio por la misma causal de separación de hecho.

Sin embargo, en la **resolución del 28 de noviembre del 2006**, la magistrada Dafne Barra, se pronuncia como vocal ponente con relación a la sentencia elevada en consulta de fecha 31 de octubre del 2006, la que falló declarando fundada la demanda sobre divorcio por la misma causal y en este caso sí desarrolla en la parte considerativa un aspecto relevante de la causal alegada como sustento de la demanda.

En efecto, en el segundo considerando se señala que la separación de hecho prevista en el inciso 12 del artículo 333° del Código Civil, incorporada por la Ley 27495, es una causal de divorcio, vigente desde el 8 de julio del 2001, que establece: «*La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad*».

Adicionalmente agrega que debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 345° A del Código Civil, el que señala que *«para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333°, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo»*, para luego acotar que el demandante ha acreditado que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, según boletas de depósito.

En virtud de dichos fundamentos, aprobaron también la sentencia del 31 de octubre del 2006, que falla declarando fundada la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho y declara fenecido el régimen de sociedad de gananciales.

Según se puede apreciar, en este caso se hace mayor referencia a las peculiaridades del caso y se hace alusión además al requisito que se exige cuando el que demanda es quien se ausentó del hogar conyugal. Este requisito es que se acredite adecuadamente el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Es menester señalar que la verificación del cumplimiento de este requisito resulta especialmente relevante toda vez que una de las conclusiones a las que se arribó en el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia llevado a cabo los días 7 y 8 de setiembre del 2007, es que el cumplimiento de la obligación alimentaria constituye un requisito de procedencia de la demanda de divorcio basada en la causal de separación de hecho.

Siguiendo con el análisis, en la **resolución del 17 de noviembre del 2006**, la magistrada Dafne Barra es ponente en otro caso de divorcio por las causales de separación de hecho y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años. Esta vez se eleva en consulta la sentencia de fecha 22 de setiembre del 2006 que falló declarando fundada en parte la demanda, y como consecuencia de ello disuelto el vínculo matrimonial.

Cabe señalar que dicha resolución, a diferencia de las anteriores, según se puede apreciar de la revisión del Tercer Considerando sí contiene un análisis de los elementos constitutivos de la causal de separación de hecho. No obstante, se señala que el abandono debe ser injustificado, con lo cual estaría dándole a la causal de separación de hecho una connotación que permitiría que se confunda con otra causal a la que hemos hecho referencia en acápite anterior cual es el abandono injustificado del hogar conyugal.

No obstante lo expuesto, de la revisión del segundo párrafo del precitado considerando se aprecia que la jueza Barra sí ha tomado en cuenta los parámetros establecidos por la doctrina para conceptualizar esta causal, toda vez que al momento de compulsar el material probatorio se ha limitado a verificar que los cónyuges viven separados por más de nueve años.

Con relación a la causal de condena privativa de la libertad por más de dos años, impuesta por delito doloso, prevista en el inciso 10 del artículo 333° del Código Civil, refiere lo que la doctrina señala, en el sentido que ésta se basa en el quebrantamiento de una obligación

ético moral y la consiguiente deshonra que significa para uno de los cónyuges. Asimismo, precisa que la causal ha sido corroborada con una ejecutoria suprema mediante la cual se impuso al demandado una condena de veinte años de pena privativa de la libertad. Es en virtud de dichos argumentos que se procede a aprobar la sentencia materia de la alzada.

Por su lado, la **resolución del 17 de agosto del 2006**, mediante la cual se aprueba la sentencia del 14 de julio del 2006, que falla declarando fundada la demanda de divorcio, la jueza Barra señala acertadamente que la separación de hecho es una separación convenida o consentida, siendo que en el caso se ha verificado la ruptura de la vida en común de los cónyuges sin voluntad de reconciliación para cumplir los fines matrimoniales, dado que viven separados desde el 2 de enero del 2000 conforme se acredita con certificado policial.

En este caso también se señala que la sentencia consultada debe integrarse de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 350° del Código Civil, que regula los efectos del divorcio respecto de los cónyuges, estableciendo que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Asimismo, el artículo 318° inciso 3 del Código Civil establece que por el divorcio fenece el régimen de sociedad de gananciales.

Ahora bien, en la **resolución del 28 de agosto del 2006**, la magistrada Barra es ponente en otro caso de divorcio por causal con motivo de haberse elevado en consulta la sentencia del 1 de agosto del 2006 que falló declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial.

En esta resolución desarrolla de manera ilustrativa la causal de abandono injustificado de la casa conyugal invocada por el accionante. Es así que en el Tercer Considerando se precisa que dicha causal se encuentra acreditada en sus tres elementos:

- a) elemento subjetivo,
- b) elemento objetivo y
- c) tiempo.

En ese orden de ideas refiere que se configura el elemento objetivo cuando se produce el abandono físico del cónyuge culpable del domicilio conyugal. Adicionalmente que el elemento subjetivo es la intención deliberada de sustraerse de los deberes matrimoniales y poner fin al matrimonio y que de otro lado, el tiempo es el cumplimiento del plazo para que el abandono sea considerado jurídicamente como tal, esto es, dos años.

A la luz de estas premisas es que procede a evaluar los medios probatorios aportados por el demandante estableciendo que en el presente caso los dos años se han acreditado con la Carta Notarial remitida por el demandado a la actora, que si bien es cierto fueron motivos de trabajo los que han determinado que el demandado domicilie en Puerto Maldonado, es el texto de la Carta Notarial lo que evidencia o acredita la causal.

Presumiblemente del texto de la mencionada carta notarial se desprendería que si bien el demandado se retiró del hogar conyugal por motivos de trabajo, posteriormente se negó a regresar pese a no tener ya ninguna causa justificada para permanecer en dicha situación, ello además con la intención de sustraerse de los deberes inherentes al matrimonio. De esta manera recién se podría considerar que el elemento subjetivo está plenamente acreditado.

En base a los fundamentos antes reseñados resuelve aprobar la sentencia elevada en consulta. Adicionalmente, en el orden procesal se dispuso, al igual que en el caso anterior, la integración de la sentencia consultada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 350° del Código Civil, que regula los efectos del divorcio respecto de los cónyuges, estableciendo que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Asimismo, por el artículo 318° inciso 3 del Código Civil, por el divorcio fenece el régimen de sociedad de gananciales.

Por su parte la **resolución de fecha 17 de junio del 2008** se diferencia de todas las anteriores debido a que mediante esta última la magistrada Dafne Barra en su calidad de vocal ponente desaprueba la sentencia del 4 de abril del 2008, elevada en consulta, que declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y declara fenecida la sociedad de gananciales y disuelto el vínculo matrimonial.

En los fundamentos de esta resolución resulta interesante la alusión que hace a la Ejecutoria Suprema dictada en la Casación 2279-Callao, publicada en *El Peruano* el 17 de setiembre del 2000 que señala «*la consulta es un mecanismo legal obligatorio destinado a la revisión de oficio de determinadas resoluciones judiciales, cuya finalidad es la de aprobar y desaprobar el contenido de ellas, previniendo el cometer irregularidades, malas prácticas legales o erróneas interpretaciones jurídicas, toda vez que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia*».

Agrega además que en el caso de autos la consulta es exigida de conformidad con el artículo 359° del Código Civil porque el matrimonio es una institución que interesa al orden público; en consecuencia, una cuestión de eficacia y de seguridad jurídica de dicha institución, es que hace obligatoria la consulta.

Partiendo de estas premisas recién pasa al análisis de lo actuado en el proceso, precisando que el demandante solicitó divorcio por la causal de separación de hecho, que tuvo cuatro hijos con la cónyuge demandada y que debido a su incompatibilidad de caracteres, decidieron de mutuo acuerdo poner fin a la relación matrimonial mediante Acta Transaccional del 5 de marzo de 1993 otorgada ante un Juzgado de Paz Letrado, acordándose que el recurrente debía acudir con una pensión alimenticia a favor de sus cuatro hijos equivalente a la suma de S/.85.00 nuevos soles, que fueron incrementados posteriormente acudiéndoles con el 55% de sus remuneraciones en forma mensual.

La jueza repara en el hecho que el actor manifestó en el proceso desconocer el domicilio de la demandada, por lo que declaró bajo juramento haber agotado las indagaciones a

efecto de conocer su domicilio con resultado negativo; solicitando que se le notifique mediante edictos.

El A quo declaró inadmisibile la demanda, precisando (en cuanto al domicilio de la demandada) que lo manifestado por el accionante no creaba convicción en el juzgador, toda vez que por los documentos acompañados, se tiene que la demandada habría constituido su domicilio real en la localidad de Espinar, y por los alimentos que le descuentan debe saber el lugar donde cobra la beneficiaria, por lo que el actor no ha agotado los medios necesarios para conocer el domicilio real de la demandada. El demandante menciona que ha realizado las averiguaciones entre las personas que la conocen y ninguna de ellas sabe el lugar del domicilio.

Ante esta situación la magistrada Barra considera que el Juzgado de Primera Instancia no debía haber admitido a trámite la demanda, por los siguientes motivos:

- a) En la demanda se menciona que el actor viene asistiendo a sus cuatro hijas, quienes a la fecha siguen estudios universitarios, con ello se da a entender que a pesar de la separación de hecho con su cónyuge, sus relaciones paterno filiales son normales y por ello se presume que conoce el domicilio de sus hijas, por ende, el de la madre.
- b) No basta el juramento de desconocer el domicilio sino que debió requerirse a la parte actora la presentación de la ficha de datos personales o ficha de identificación de RENIEC, donde consta la dirección domiciliaria y todos los datos relacionados a las personas cuya determinación se requiere para todo efecto.

En ese orden de ideas la magistrada Barra anota que el emplazamiento válido se enmarca dentro de las garantías y principios de la función jurisdiccional, conforme se establece en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución y como lógica consecuencia no es posible la aprobación de la sentencia en las reseñadas condiciones, por encontrarse viciada de nulidad, de conformidad con el último párrafo del artículo 176° del Código Procesal Civil, fundamentos en base a los cuales se desaprobo la sentencia materia de la consulta y se declaró nulo e insubsistente todo lo actuado y, renovando los actos procesales, se dispuso que vuelva a proveer el A quo, requiriendo para dicho efecto a la parte actora la presentación del Certificado o Ficha de Identificación Personal expedida por RENIEC.

El contenido de la resolución bajo comentario y el sentido del fallo evidencian que la consulta resulta una institución procesal necesaria y de mucha utilidad en nuestro sistema procesal, toda vez que en el presente caso el A quo no había aplicado correctamente las normas procesales y había emitido sentencia pese a que de los autos no se verificaba que se hubiese producido el emplazamiento válido de la demandada, afectando con ello las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa de aquella. El detectar esta anomalía del iter procesal y dictar las medidas conducentes a su subsanación, en definitiva hacen que la finalidad de la consulta como institución procesal se cumpla a cabalidad en lo que atañe al presente caso.

Sentencias recaídas en apelación

Con relación a las sentencias que se pronuncian sobre los recursos de apelación interpuestos en los casos de divorcio por causal, en los que la ponencia estuvo a cargo de la magistrada Dafne Barra, debemos señalar que las tres resoluciones que pasaremos a comentar guardan el mismo patrón o esquema de abordaje y desarrollo del caso.

Así, en primer término la magistrada Barra cumple con señalar de manera precisa cuáles son los extremos de la sentencia que son recurridos por el o los apelantes, para luego pasar a reseñar cada uno de los fundamentos en los que se basa el medio impugnatorio, después de lo que procede a efectuar el análisis correspondiente de lo alegado a la luz de la normatividad aplicable.

En efecto, la **resolución del 9 de mayo del 2006**, recae en la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia del 3 de marzo del 2006 que falla declarando infundada en todos sus extremos la demanda de divorcio por causal de abandono injustificado de la casa conyugal y acumulativamente la tenencia y cuidado del menor XX.

Siguiendo el esquema antes aludido en la citada resolución se señala que la demandante interpone recurso de apelación en base a los siguientes argumentos:

- La causal se origina en la petición de divorcio de la recurrente basada en el abandono que propició su cónyuge al mes de matrimonio, habiendo transcurrido hasta la fecha de la demanda más de seis años sin que aquel dé señales de su paradero.
- Se ha demostrado con la denuncia policial que no se tiene conocimiento del paradero de su cónyuge y le causa extrañeza que se manifieste que debe buscarlo sin tomar en cuenta que él abandonó el hogar conyugal.
- El Juzgado, en forma insólita, modificó la resolución indicando que no se puede declarar rebelde al emplazado con lo que se desnaturaliza el proceso porque al publicar el edicto en el diario Oficial *El Peruano* es de público y obligatorio conocimiento por lo que se nombra curador procesal.
- El Juzgado indica que no se ha actuado prueba idónea que acredite fehacientemente el hecho invocado, sin embargo consta dentro del expediente la denuncia policial del hecho del abandono del hogar por parte de su cónyuge.

Después de resumir la posición del apelante la jueza pasa a analizar el caso teniendo en cuenta los elementos constitutivos de la causal invocada y los medios probatorios aportados por las partes a efectos de establecer si la sentencia de primera instancia merece ser confirmada o revocada

En tal sentido alega que, para amparar la demanda por la causal invocada es necesario que la demandante acredite en el proceso los elementos subjetivo, objetivo y el temporal

de esa causal, esto es, acreditar copulativamente que el abandono haya sido injustificado, que sea del hogar conyugal y por más de dos años continuos o períodos sumados.

Al compulsar los medios probatorios advierte que la demandante acompaña como medio probatorio la denuncia policial por Abandono de Hogar el 19 de octubre del 2001, la que contradice sus propias afirmaciones, dado que no acredita el abandono de la casa conyugal por más de dos años continuos, por cuanto contrajo matrimonio el 30 de octubre de 1999 y denuncia el hecho antes de que hayan transcurrido los dos años continuos; que resulta implicate con la convivencia común que alega porque con la denuncia policial queda demostrado que se casaron y nunca hicieron vida en común y si esto es así, no es posible alegar ni probar que el demandado no acudía económicamente a lo largo de la convivencia. Es recién con el escrito de apelación que se alega que al mes de matrimonio se produjo el abandono, argumento que no se acredita.

Se acota además que la demandante no solo ofreció como medios probatorios la denuncia policial, sino también, entre otros, las declaraciones testimoniales de determinadas personas que no se actuaron por su inasistencia a la audiencia de pruebas; consecuentemente la propia apelante consideró necesario corroborar la citada denuncia con testimoniales.

Finalmente, se pronuncia en relación a si correspondía o no que se declarase rebelde al demandado, revisando como es una constante en sus resoluciones el respeto por las formas procesales. En ese orden de ideas señala que de conformidad con el segundo párrafo del artículo 435° del Código Procesal Civil, cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento se hará por edicto bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal, por tanto no correspondía procesalmente declararlo rebelde sino proceder al nombramiento del curador procesal, de conformidad con el artículo 61°, inciso 1 del Código.

Atendiendo a los reseñados argumentos esgrimidos por la Vocal ponente Dafne Barra, la Sala confirmó la sentencia de primera instancia que falló declarando infundada la demanda de divorcio basada en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.

Cabe recalcar en relación a la resolución de este caso que constituye un requisito esencial como se ha establecido a nivel de la doctrina que los sujetos cónyuges hayan hecho vida en común en algún momento y por ende hayan fijado domicilio conyugal. De no existir éste o no quedar acreditado que así fue no puede configurarse la causal alegada por la accionante en este proceso.

De otro lado, la **resolución del 23 de octubre del 2006** recae en la apelación de la sentencia del 10 de agosto del 2005 que falla declarando improcedente la acción de divorcio por la causal de adulterio e infundada la acción de indemnización por daños y perjuicios planteadas reconventionalmente por X contra Y, adicionalmente, fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído el 13 de octubre de 1990.

En este caso quien interpone la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho es el cónyuge, siendo que la demandada planteó reconventionalmente las pretensiones de divorcio por la causal de adulterio e indemnización por daños y perjuicios de conformidad con lo preceptuado por los artículos 351° y 345° A del Código Civil.

Siguiendo el mismo esquema al que hemos aludido precedentemente se procede a detallar los fundamentos del Recurso de Apelación de la demandada, que son los siguientes:

44

- La resolución recurrida es errónea y le causa agravio a sus derechos e intereses, pues no se han valorado los fundamentos fácticos y jurídicos de la contestación de la demanda, la demanda reconventional, tampoco las pruebas ofrecidas por esta parte. No existe debida fundamentación de la sentencia.
- Manifiesta que tuvieron domicilio conyugal, prueba de ello son las partidas de sus hijas firmadas por el actor que, sin embargo, fueron soslayadas, produciéndose la figura procesal de la declaración asimilada.
- Desde la fecha de su matrimonio, las relaciones conyugales con su pareja han sido normales, llegando a tener a sus hijas mellizas y luego de un tiempo el actor no cumplía con sus deberes de padre al no cubrir los gastos de alimentos, por lo que se vio obligada a demandarlo ante el Tercer Juzgado de Paz Letrado en 1992. Su constante infidelidad incitó que se produzca el rompimiento del matrimonio.
- La sentencia no tomó en cuenta cómo sucedieron los hechos: el 13 de agosto contrajeron matrimonio y fruto de esa unión tuvieron dos hijas mellizas. Su relación fue normal hasta que el actor llega a tener relaciones extra maritales con diferentes féminas, lo que también motivó la ruptura. Después de estos hechos el actor la buscó para pedirle perdón y prometerle un cambio de conducta. Por causa de sus hijas, la recurrente decide perdonar las infidelidades. Pese al perdón concedido por la esposa, el demandante volvió a engañar a la recurrente con una de las amantes, AB, teniendo con ella, inclusive, un hijo extramatrimonial (ya tenía un hijo extramatrimonial con la misma mujer).
- A la recurrente y a sus hijas les afecta que el actor haya admitido su bigamia. Existen pruebas que demuestran el daño moral del que fue víctima, de conformidad con el artículo 351° del Código Civil.

En este proceso la magistrada Barra se refiere una vez más a los elementos esenciales que integran la causal de separación de hecho alegada por el demandante. Es así que señala, que conlleva tres elementos: subjetivo, objetivo y temporal, y se basa en el alejamiento o separación de los cónyuges por decisión unilateral o por acuerdo de ambos, y su falta de voluntad para hacer vida en común, que refleja el consentimiento tácito o expreso para admitir una nueva situación conyugal. Acota además que puede ser demandado por cualesquiera de los cónyuges.

A la luz de dichas consideraciones precisa que el actor fundamenta su pretensión alegando que contrajo matrimonio con la demandada el 13 de octubre de 1990 y por acuerdo mutuo decidieron vivir cada uno en sus domicilios de solteros (casa de sus padres) generando una separación convenida, ofreciendo las testimoniales de varios parientes.

Con relación a las pruebas actuadas señala que todos los testigos dieron uniformemente la misma versión, afirmando que nunca tuvieron conocimiento del matrimonio y que nunca hizo vida conyugal con la demandada. Recién hace 8 años se independizó para vivir con la supuesta amante, AB, con la que tiene dos hijos.

Sin embargo, precisa que efectuadas las contra preguntas a los citados testigos queda acreditado que conocían la existencia de la demandada y de sus dos hijas e inclusive del embarazo, puesto que en febrero de 1991, la demandada tenía meses de embarazo (me-l-lizas). Sin embargo, afirma que este hecho no es determinante para concluir que ambos llevaron vida conyugal, por el contrario, resulta prueba determinante que las partes vivieron separadas, como consta del expediente de petición de Alimentos, en el que la demandada reconoce que no llegaron a establecer domicilio conyugal (se asimila, según artículo 221° del Código Procesal Civil). A continuación señala que en virtud de ello la causal de separación de hecho estaría acreditada.

En este punto es necesario efectuar una atingencia referida a la acreditación del elemento objetivo de la causal, cual es el quebrantamiento del deber de cohabitación que se produce a consecuencia del alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal.

Al respecto, es necesario tener presente que según la regla genérica contenida en el artículo 196° del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

La doctrina de manera mayoritaria establece que a efectos de acreditar el requisito de carácter objetivo de la separación de hecho como causal de divorcio, es necesario que el demandante pruebe que existió domicilio conyugal constituido, entendido éste en los términos del artículo 36° del Código Civil: es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.

En este orden de ideas Alex Plácido señala acertadamente que: *«la separación de hecho supone la violación del deber de cohabitación, deber que impone a ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal. Por ello, se requiere probar la constitución del domicilio conyugal. Su falta de constitución determina la no configuración de la causal»*³⁰.

Esta condición también es exigible cuando la causal que se invoca es el abandono injustificado de la casa conyugal como bien se señala en la resolución anterior, ya que ambas

³⁰ PLÁCIDO V., Alex F. *Op. cit.*, p. 106.

causales comparten el mismo elemento objetivo. Sin embargo, ello no fue considerado en la sentencia bajo comentario, lo que determinó que indebidamente se confirme la sentencia que declaró fundada la demanda por la causal de separación de hecho.

Ahora bien, con relación a la pretensión de divorcio por causal de adulterio se tiene en consideración que la demandante reconvenicional afirma haber conocido la existencia de la menor hija extramatrimonial hace cinco meses por referencia del demandado y que el demandante niega esta afirmación y asevera que la demandada conocía de su relación con AB, con la que tiene dos hijos.

46

Adicionalmente, se aprecia las testimoniales ofrecidas por la demandante reconvenicional llegando a concluir que queda acreditado que ésta conoció el nacimiento de la menor dos años antes de iniciarse el proceso, por lo tanto se llega a establecer que ha caducado la acción de divorcio por causal de adulterio de conformidad con el artículo 339° del Código Civil, que prevé el plazo de seis meses para interponer la demanda, que se computa desde que se conoce la causa.

Como último punto la sentencia en cuestión se pronuncia sobre la pretensión reconvenicional consistente en la indemnización por daño moral, prevista en el artículo 351° del Código Civil, señalando que ésta también es aplicable a la separación de hecho, en cuanto sea pertinente. En lo que atañe a este extremo concluye que no existe prueba alguna que acredite el daño moral invocado por la actora, y sin la existencia de daño o perjuicio derivado del divorcio que se discute, no resulta amparable la demanda.

Sobre la base de los fundamentos expuestos por la doctora Barra, la Sala confirma la sentencia apelada del 10 de agosto del 2005 que falló declarando improcedente la acción de divorcio por la causal de adulterio, infundada la acción de indemnización de daños y perjuicios planteada por reconvenición y fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, interpuesta por el demandante.

La última resolución de la doctora Barra que hemos incorporado al presente trabajo como objeto de análisis es la emitida con fecha **29 de agosto del 2006** en la que se pronuncia como vocal ponente en un caso de divorcio por la causal de separación de hecho.

Cabe señalar que tanto la parte accionante como la demandada apelaron el extremo de la sentencia recurrida referido a la indemnización por daños y perjuicios que se ordena pagar al actor a favor de la emplazada y que fue fijada por el juez en la suma de dos mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional.

En primer lugar se reseñan los argumentos en que se sustenta la apelación de la parte demandante quien alega que la sentencia en el extremo impugnado incurre en errores de hecho y derecho toda vez que la demandada solo se ocupó de solicitar la suma de diez mil dólares americanos para reparar el daño moral, y en ningún momento ofreció medio probatorio alguno. Que en todo caso se debió fijar un monto indemnizatorio menor al considerado por el juez (dos mil dólares americanos) que se sujete a los medios

probatorios ofrecidos y actuados, tanto más si se tiene en cuenta las gananciales que le corresponden.

Por su parte la emplazada basa su pretensión impugnatoria sosteniendo principalmente que la sentencia fija arbitrariamente el monto por concepto de indemnización en una suma minúscula, sin fundamentar adecuadamente la razón por la que establece dicho monto, sin tener en cuenta el daño ocasionado.

A mayor abundamiento agrega que el demandante invocó la causal de separación de hecho como causal de su demanda. En consecuencia invoca una causal objetiva y atendiendo a dicha objetividad se considera como cónyuge culpable al que incumplió su deber de cohabitación.

La emplazada arguye también que el demandante convino en el pago de una indemnización, reconociendo tácitamente el daño irrogado y precisa cuáles son los criterios de valoración que el A quo debió tomar en cuenta: para el daño material se consideran los montos dejados de percibir por alquileres de los bienes de la sociedad conyugal y el menoscabo económico en el valor de un inmueble (se señala) a consecuencia de la transferencia. En cuanto al daño moral, se considera la edad, el desempleo actual, la condición de mujer, la mayoría de edad de las hijas, la aguda aflicción por la demanda primigenia, la fundamentación del hecho propio y el proyecto de vida.

Una vez presentados los argumentos de ambas partes se alude al artículo 345°-A del Código Civil que impone al juez la obligación de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. En tal sentido señala que 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.

Para resolver la causa la magistrada tiene en cuenta que el demandante se allanó al pedido de indemnización, pero no en la cantidad solicitada, con lo cual la litis ya no se centra en analizar quién es el cónyuge más perjudicado con la separación y que por ende merece ser indemnizado por el otro, sino únicamente en el quantum de dicha obligación.

Además en esta resolución se desarrollan a manera ilustrativa algunos aspectos relacionados con la causal de separación de hecho, señalándose por ejemplo que por disposición del artículo 2° de la Ley 27495, se exonera de la prohibición contenida en el artículo 335° del Código Civil (prohibición de fundar la demanda en hecho propio) para la causal de separación de hecho.

Adicionalmente se compara la causal invocada con la de abandono injustificado del hogar conyugal estableciéndose sus similitudes y diferencias de manera acertada para, finalmente, referirse a lo concerniente al extremo apelado considerando que la separación de cuerpos bajo la causal de separación de hecho produce necesariamente daño moral en el cónyuge que no la invoca, en el entendido que la unión matrimonial es concebida con el objeto de hacer vida en común, atendiendo a sus deberes y obligaciones, conforme lo

prevén los artículos 287°, 288° y 289° del Código Civil. En consecuencia, la separación de hecho por sí misma produce la aflicción, el dolor y en algunos casos el sufrimiento del cónyuge demandado, caso contrario de estar de acuerdo las partes, hubieran procedido a demandar la separación convencional con divorcio ulterior.

En este punto resulta necesario acotar que los daños causados por la separación de hecho no son únicamente de carácter subjetivo, con consecuencias personales (daño moral), sino que también pueden darse consecuencias patrimoniales que es el daño emergente dado, por ejemplo, por los gastos incurridos en el tratamiento psicológico del cónyuge afectado por la causal.

Finalmente precisa que el monto indemnizatorio en estos casos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1984° del Código Civil, se fija de manera discrecional, dado que el daño moral siendo de naturaleza extra patrimonial no resulta cuantificable, en virtud de lo cual considera que la suma fijada por el A quo es la adecuada.

2.1.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional

En el tema abordado de divorcio por causal se verifica coherencia en el raciocinio lógico jurídico de la magistrada Barra que permite cierto grado de predictibilidad del sentido de los fallos, presentándose un esquema expositivo similar que en líneas generales contiene suficiente motivación.

Debemos recalcar que del análisis de las resoluciones judiciales se aprecia un especial cuidado en el respeto de las formas procesales y en el interés que éstas se cumplan a efectos de poder satisfacer adecuadamente los fines del proceso.

Teniendo en cuenta los argumentos utilizados por la magistrada y que están presentes de manera recurrente en las resoluciones bajo comentario, lo que evidencia que han servido de base para la expedición de los fallos seleccionados, podemos decir que las líneas jurisprudenciales individuales de la doctora Dafne Barra son las siguientes:

- La separación de hecho es una separación convenida o consentida que implica la ruptura de la vida en común de los cónyuges, sin voluntad de reconciliación para cumplir los fines matrimoniales. Esta causal tiene como condición el alejamiento del hogar conyugal por uno de los cónyuges, y que se haya prolongado por un plazo no menor de dos años en forma ininterrumpida. Este plazo se prolonga a cuatro años cuando hay hijos menores de edad.
- El abandono injustificado de la casa conyugal es otro causal de separación de cuerpos o divorcio, que no debe confundirse con la citada en el punto que antecede. Estas causales desde sus fundamentos y características son totalmente distintas.
- En efecto, mientras que la causal de abandono injustificado de la casa conyugal tiene tres elementos: subjetivo, objetivo y temporal y se basa en la dejación física del hogar,

sustrayéndose intencionalmente del cumplimiento de sus deberes conyugales por el periodo señalado en la ley de manera injustificada, la causal de separación de hecho si bien conlleva los mismos elementos, puede ser demandada por cualesquiera de los cónyuges, bastando el alejamiento o separación por decisión unilateral o por acuerdo de ambos y su falta de voluntad para hacer vida en común que refleja el consentimiento tácito o expreso para admitir una nueva situación conyugal.

- Para poder demandar la separación de cuerpos o divorcio en base a la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, el accionante deberá acreditar que los cónyuges tuvieron domicilio conyugal constituido, es decir, que hicieron vida en común, de lo contrario no se configura la causal en cuestión.
- Debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 345°-A del Código Civil en el sentido que para invocar la causal de separación de hecho, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.
- La separación de cuerpos produce necesariamente daño moral en el cónyuge que la invoca, en el entendido que la unión matrimonial es concebida con el objeto de hacer vida en común atendiendo a sus deberes y obligaciones, conforme lo prevén los artículos 287°, 288° y 289° del Código Civil; consecuentemente la separación de hecho por sí misma produce aflicción, dolor y en algunos casos el sufrimiento del cónyuge demandado.
- La causal de condena privativa de la libertad por más de dos años, impuesta por delito doloso, prevista en el inciso 10 del artículo 333° del Código Civil, se basa en el quebrantamiento de una obligación ético moral y la consiguiente deshonra que significa para uno de los cónyuges.

2.1.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Barra

De la revisión de las resoluciones judiciales cuya ponencia estuvo a cargo de la magistrada Dafne Barra se desprenden ciertos lineamientos o preceptos presentes de manera transversal que constituirían la base del raciocinio lógico jurídico desplegado por aquella. Estos son los siguientes:

- El matrimonio es una institución que interesa al orden público, en consecuencia una cuestión de eficacia y de seguridad jurídica de dicha institución es que hace obligatoria la consulta.
- La consulta es un mecanismo legal obligatorio destinado a la revisión de oficio de determinadas resoluciones judiciales, cuya finalidad es la de aprobar y desaprobar su contenido, prevenir irregularidades, malas prácticas legales o erróneas interpretaciones jurídicas, toda vez que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia.

- El derecho al emplazamiento válido se basa en la observancia de una de las garantías y principios de la función jurisdiccional, por tanto no es posible la aprobación de la sentencia si es que aquel no se verifica, toda vez que el proceso se encontraría viciado de nulidad, de conformidad con el último párrafo del artículo 176° del Código Procesal Civil.
- Según se puede apreciar, la magistrada Dafne Barra tiene en claro el carácter instrumental del proceso, toda vez que es sumamente cuidadosa en lo que se refiere a la verificación del respeto al debido proceso, en tanto que ello permite que se logren los fines para los cuales éste fue concebido cuales son poner fin a una incertidumbre jurídica o a un conflicto de intereses y por ende lograr la paz social.
- Esto se aprecia en la medida que en sus resoluciones siempre efectuó un análisis exhaustivo del procedimiento cumpliéndose con ello el principio de vinculación y de formalidad recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil que señala que las normas procesales contenidas en dicho código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

2.2. LÍNEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA ROCÍO AQUIZE CÁCERES

Arequipa

Juez Titular especializada en lo Civil. Abogada, graduada en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Maestría en Derecho Penal y en Derecho de Familia. Doctorado en Derecho por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Ponente y organizadora de diversos eventos académicos. Autora de diversas publicaciones.

2.2.1. Análisis de las sentencias

Violencia familiar

De la revisión de las resoluciones judiciales proporcionadas por la jueza Aquize se puede apreciar que presentan de manera recurrente una misma estructura argumentativa. En efecto, en todos los casos se exponen en primer término los hechos y circunstancias invocados por la parte directamente afectada o por el Ministerio Público, para luego pasar a establecer un marco normativo y conceptual que servirá para efectuar el análisis propio del caso, llegando a establecer luego de compulsados los medios probatorios si se configura o no la violencia familiar.

Conforme se explicó en la primera parte del libro, la ley establece determinados aspectos respecto de los cuales los jueces deben pronunciarse de manera obligatoria en las sentencias que declaran fundada una demanda por violencia familiar. A manera de recapitulación señalamos que éstos son: las medidas de protección a favor de la víctima, el tratamiento que deberá recibir el afectado, su familia y el agresor, si se estima conveniente; la reparación del daño y el establecimiento de una pensión para la víctima, cuando corresponda legalmente. Conforme lo verificaremos más adelante, la jueza Aquize cumple con establecer todas estas medidas al momento de emitir las resoluciones bajo comentario.

Así tenemos que en **sentencia del 7 de enero del 2004** la jueza, siguiendo el esquema que hemos señalado, detalla en la parte expositiva los hechos que han motivado la interposición de la demanda.

En tal sentido se precisa que la menor agraviada se encontraba jugando con su primo, hijo de la denunciada, cuando ésta la golpea ocasionándole lesión, conforme lo acredita el certificado médico legal que obra en autos. La madre de la menor sustenta la demanda en los artículos 2º, 3º, 16º y 21º del Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar. La demandada no contesta y es declarada en rebeldía.

Después de reseñados los hechos pasa a definir la violencia familiar, remitiéndose para ello a lo dispuesto por el artículo segundo de la Ley 26260 que señala que dicho concepto comprende: cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual. También precisa que para ser violencia familiar debe ser ejercida por: cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habitan en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, quienes hayan procreado hijos en común independientemente de que convivan o no, al momento de producirse la violencia.

Ya como parte del análisis del caso, la jueza señala una circunstancia que resulta especialmente relevante a la luz de la normatividad expuesta: que la agresora y la agraviada no viven en la misma casa y que no existe entre ellas parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Se menciona además que el representante del Ministerio Público formuló nulidad basado en la situación descrita y en el hecho que tanto en el auto apertorio del proceso, así como en el de saneamiento, se ha precisado que la agraviada no es la niña, sino la madre que la representa.

En cuanto al pedido de nulidad en cuestión la jueza refiere que, según el artículo 175º del Código Procesal Civil, debe ser declarado improcedente ya que ha sido formulado por quien ha dado lugar al vicio, siendo en este caso el demandante el propio Ministerio Público.

Además, acota que, conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 172º del Código Procesal Civil, no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal. En este orden de ideas considera que en el caso no tendría razón anular todo el proceso cuando en forma excepcional y vía sentencia puede llegarse al mismo resultado, es decir, improcedente la demanda. En virtud de ello es que la jueza falla justamente declarando improcedente la demanda.

En este caso el raciocinio lógico jurídico de la jueza Aquize se basa en una correcta aplicación normativa, toda vez que luego de establecer que el supuesto de hecho alegado no estaba subsumido por los alcances de la Ley de Protección contra la violencia familiar, desestima la acción incoada.

De otro lado, mediante la sentencia del **31 de enero del 2005 (Expediente 1225-2003)**, la jueza Aquize resuelve otro caso de caso de violencia familiar. Esta resolución también

presenta el mismo esquema de desarrollo argumentativo y las mismas referencias teóricas y normativas de lo que se evidencia que esta magistrada también utiliza como recurso en el despliegue de su labor jurisdiccional el uso de plantillas.

En este caso, según se señala en la parte expositiva, el menor agraviado llegó a su domicilio después de haber ido al colegio, momento en el cual su madre le propinó cinco «correazos» y lo insultó con términos soeces. Al día siguiente, sus tíos, usando una correa de cuero, le pegaron en la espalda debido a que el niño se encontraba jugando y haciendo bulla y que por esa razón perjudicaría el descanso de la abuela. El niño dio aviso a su padre, quien interpuso la demanda, fundamentada en los artículos 2º, 3º, 16º y 21º del Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar. Los demandados no contestaron.

La jueza llega a establecer que la violencia ha sido producida por la madre y los tíos del menor agraviado, encontrándose entre las personas consideradas sujetos pasibles de la misma.

En esta resolución la jueza tiene en cuenta que según el artículo segundo de la ley de Protección Contra la Violencia Familiar se propugna el respeto de la dignidad del núcleo social y consecuentemente salvaguardar el aspecto físico y psíquico de cada ser humano desde la infancia hasta la etapa de adultos mayores.

En relación a ello hace una atinencia que nos da luces sobre la base de su pensamiento jurisdiccional: la violencia familiar ya no es considerada simplemente como un problema privado, en razón de que involucra cuestiones públicas de interés social, tales como la educación, el trabajo, la salud, la seguridad; su existencia infringe el numeral primero del artículo 2º de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho a la integridad física, moral y psíquica para su libre desarrollo y bienestar. Además, el literal h, del inciso 24 del artículo 2º de la misma Carta Magna, dice a la letra que «*nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes*».

Asimismo, agrega que la violencia de cualquier tipo implica manifestaciones de crueldad psicológica, actitudes que ocasionan un desmedro moral a la víctima y trae como consecuencia una afrenta a su dignidad personal.

La jueza impulsa los medios probatorios, como son la declaración del agraviado, en la que aquel sostiene que, efectivamente recibió cinco «coerrazos» de la madre acompañados de palabras soeces y golpes con correa por parte de los tíos por perturbar el descanso de la abuela. Ésta, además, suele insultarlo y dañarlo psicológicamente.

Además tiene en cuenta la declaración del padre del menor que narra cómo la tutela del hijo la tiene la madre desde el 2003, que a raíz de los maltratos que sufrió el niño, lo tuvo con él por espacio de dos días, pero cuando la madre del declarante fue a visitar a la madre del agraviado para pedirle los útiles del niño, ésta los hizo entrar, pero ya no dejó salir al niño.

Verifica además que lo manifestado por el agraviado se encuentra corroborado en el certificado médico, en el que aparece que el niño presenta *«abuso emocional, sentimiento de infelicidad y temor condicionado a conductas irritables de la madre, preferencia afectiva por el padre, alberga emociones de rechazo y resentimiento por ella»*. Presenta, además, lesiones traumáticas recientes.

Para la valoración de los hechos la jueza hace uso de los auxilios procesales que corroboran y complementan el valor de las pruebas, específicamente para concluir que existen indicios demostrativos que permiten llegar a tener certeza en torno al hecho controvertido como lo establecen los artículos 276° y 197° del Código Procesal Civil.

Señala, respecto a la reparación del daño, que debe tenerse presente el artículo 1969° del Código Civil, que establece que el que ocasiona un daño a otro está obligado a indemnizarlo. En el caso, el daño es grave, pues es físico precisa. Asimismo, señala que tratándose de un proceso por violencia familiar deben dictarse las medidas de protección a favor de las víctimas conforme al artículo 21° de la Ley 26260.

En consecuencia, se declara fundada la demanda y se dispone que los familiares demandados se abstengan de efectuar toda manifestación de violencia física o psicológica o acoso en contra del agraviado, bajo apercibimiento de ser denunciados penalmente. A su vez, la jueza establece las siguientes medidas de protección con las que pretende dar una solución integral a la problemática de violencia que ha sido merituada por su Despacho:

- Las partes recibirán tratamiento psicológico a cargo del psicólogo de los Juzgados de Familia, debiendo la madre del niño concurrir al local del Juzgado con éste, dentro del tercer día de consentida la sentencia, bajo apercibimiento de grado o fuerza.
- Se oficia a la Comisaría para brindar la protección necesaria al niño.
- Se ordena que el padre del niño lo visite todos los sábados y domingos de 8am a 5pm, pudiendo retirarlo del domicilio de la madre, salvo que exista régimen de visitas y hasta que haga valer su derecho.
- Fija la reparación del daño en 200 nuevos soles.

La sentencia del **31 de enero del 2005 (Exp. 315-2003)**, recae en otro caso de violencia familiar. Se trata de una mujer agraviada que presenta su denuncia por haber sido agredida por su hijo. Ella alega que en reiteradas ocasiones aquel se presentaba en el domicilio en «estado inecuánime». Ya anteriormente, la agraviada presentó una denuncia ante la Comisaría. Manifiesta que el demandado se suele presentar en la casa donde conviven y la insulta con palabras soeces que dañan su honor y buena reputación.

Ampara su demanda en los artículos 2°, 19° (B) y 20° de la Ley 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar y el artículo 1969° del Código Civil. El demandado no contesta.

La jueza define, como en sus otras sentencias, la violencia familiar remitiéndose a la definición planteada por la norma. En base a este marco conceptual normativo se aproxima

una vez más al caso y señala que la violencia familiar en este particular es de carácter psicológico, sin tentar una conceptualización de esta modalidad de violencia.

Del certificado médico legal, deduce la jueza que se trata de una familia disfuncional y verifica que la demandante está afectada por una reacción ansiosa depresiva, sugiriéndose que reciba tratamiento especializado. No se constata la existencia de abuso emocional circunstancial (modalidad de violencia psicológica más leve).

La jueza repara en que la demandante agraviada no ha cumplido con someterse a los exámenes psicológicos respectivos. En relación a ello sostiene que los certificados médicos acreditan el estado de las personas al momento de la evaluación. En este caso, del certificado no se desprende violencia familiar previa. Concluye que no se puede establecer que existe esta violencia con la simple sindicación de la parte sin haber acreditado ningún otro medio probatorio.

Complementa su argumentación citando lo establecido por el artículo 196° del Código Procesal Civil que estipula que la carga de la prueba recae en la parte demandante, quien afirma hechos debe probarlos. Refiere que en el proceso lo único que ha aportado la demandante son sus alegaciones.

Estando a los fundamentos precedentes la jueza declara infundada la demanda. Sin embargo, se ordena que una vez consentida se eleve en consulta por corresponder conforme a Ley (artículo 20° del Reglamento de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar).

Mediante la sentencia del **1 de febrero del 2005 (Exp. 265-2003)**, la jueza empleando los mismos argumentos y sobre la base de la misma estructura argumentativa resuelve otro caso de violencia familiar en el que la agraviada alega que se encontraba con su esposo bebiendo licor, acompañados por otras personas. Que en un momento ella le pidió a él retirarse a descansar ambos. Éste la insultó produciéndose una discusión. El demandado la empezó a golpear y tomó una piedra, que al ser arrojada cayó sobre uno de los contertulios. El demandado tomó un palo y le propinó con éste golpes en la cabeza a su mujer hasta dejarla semiinconsciente en el suelo. Luego tomó una piedra e intentó tirársela en la cabeza.

Se precisa que el demandante contestó alegando que los hechos referidos se han venido dando desde antes y que la agraviada algunas veces se desistía de demandar y otras, cuando lo hizo, terminaban en el archivo. Refiere que el día de los hechos su esposa se encontraba muy embriagada y que fue ella quien lo agredió a él.

En esta oportunidad la jueza también define, como en los casos precedentes, la violencia familiar, remitiéndose al artículo 2° de la Ley 26260. En el caso, dice, se ha producido por un esposo en agravio de su esposa, quien además tiene una hija en común con él.

Los certificados médicos, dice la jueza, tienen valor probatorio del estado de salud en los procesos sobre violencia familiar. La jueza hace uso de medios complementarios, auxilios

procesales necesarios, para corroborar los hechos alegados. Permiten que existan indicios demostrativos que ayuden a llegar a la jueza a cierto grado de certeza en torno al hecho controvertido (Artículos 197° y 276° del Código Procesal Civil).

Respecto a la reparación del daño vuelve a considerar lo establecido por el artículo 1969° del Código Civil que establece que el que ocasiona un daño a otro está obligado a indemnizarlo. En el caso, la jueza sostiene que el daño causado es grave, pues se trata de agresiones físicas y psicológicas, que el demandado pretende queden sin protección debido a que la agraviada anteriormente había desistido de denunciar agresiones antiguas. En este punto hace una afirmación de orden axiológico en el sentido que bajo ningún concepto puede permitirse la violencia familiar.

Adicionalmente, advierte que es necesario dictar medidas de protección a favor de la víctima, teniendo en cuenta que las partes viven en el mismo domicilio y que los hechos ocurrieron cuando el demandado se encontraba en estado etílico. Es palpable para la letrada que entre los esposos existe una mala relación por lo que es prudente disponer una medida drástica cual es el retiro del agresor del domicilio conyugal.

La jueza declara fundada la demanda y dispone que el demandado se abstenga de efectuar toda manifestación de violencia física o psicológica o acoso contra la agraviada, bajo el apercibimiento de ser denunciado penalmente.

Se establecen las siguientes medidas de protección:

- Tratamiento psicológico que recibirán las partes a cargo del psicólogo de los Juzgados de Familia.
- Se dispone el retiro del agresor del domicilio conyugal por el período inicial de 24 meses, vencidos los cuales el agresor no podrá reingresar sin examen psicológico previo.
- Se establece la prohibición del demandado de visitar a la agraviada (mas no a la hija de ambos) por el término inicial de 24 meses, pudiendo ser retirado por la Policía de sector.
- Se fija en 500 nuevos soles la reparación civil, sin efectuar análisis alguno en relación al monto otorgado.

En su sentencia del **7 de febrero del 2005 (Exp. 711-2003-C)**, la jueza se pronuncia respecto de otro caso de violencia familiar, en el que la agraviada y su hija manifiestan haber sido agredidas constantemente por el demandado (esposo de la primera y padre de la segunda). Se reclama por agresiones físicas y psicológicas. La menor, además, ha sido testigo de la violencia del padre contra la madre.

La jueza reedita la definición de violencia familiar en el marco de la ley, declara el carácter público del tema y ratifica, como en sentencias anteriores ya examinadas, el mismo criterio en cuanto al desmedro moral y afrenta a la dignidad de la víctima.

La jueza hace una exposición sobre los medios probatorios y refiere los hechos conforme a las declaraciones de las partes. La agraviada narra el hecho concreto que la impulsa a entablar la demanda refiriendo que el demandado llegó ebrio al domicilio familiar y abrió la puerta su hija. Él le reclama por qué no le había llevado su almuerzo al lote y la hija, solícitamente, lleva a su padre a la cocina donde lo atiende. Luego de alimentarse, el demandado entra a la habitación conyugal e insulta soezmente a su esposa. Trató de estrangularla mientras que ella le jaló los cabellos y la chompa para defenderse. El demandado trató de lanzarla al suelo y luego le propinó una cachetada. Cuando las hijas se acercaron, el demandado tomó a una de ellas y le torció el dedo y luego la empujó contra la cama, mientras que la hija menor gritaba, desesperadamente, para que el agresor soltara a su hermana mayor.

La jueza advierte que la declaración de la madre concuerda con las declaraciones de las hijas.

De otro lado, repara en que según el certificado médico la agraviada presenta lesiones causadas con objeto contundente y uña humana. Se verifica abuso emocional. La hija presenta los mismos daños. Existe en este caso, maltrato emocional directo e indirecto contra la hija, concluye la magistrada.

La jueza alude nuevamente el carácter de la prueba y de los auxilios procesales así como los alcances de la responsabilidad civil extracontractual «*el que dañe a otro estará obligado a indemnizarlo*».

Falla, finalmente, declarando fundada la demanda, disponiendo que el demandado se abstenga de efectuar toda manifestación de violencia física o psicológica o acoso en contra de la agraviada, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente y de ser retirado del hogar conyugal inicialmente por 16 meses, de acuerdo a la gravedad del caso.

Entre las medidas dispuestas figura el tratamiento psicológico que recibirán las partes, oficiar a la Comisaría del sector del domicilio de la agraviada para que brinde la protección necesaria. Asimismo, se establece la prohibición al demandado de ingerir licor o ingresar en estado etílico al domicilio conyugal por un periodo de dos años, bajo apercibimiento de ser retirado del domicilio conyugal por miembros de la policía del sector. Además se impuso al demandado una multa y se fijó la reparación del daño en la suma de S/. 400.00.

Como se puede apreciar, a diferencia del caso anterior, no se dispuso el retiro del agresor del hogar conyugal pese a la gravedad de los hechos alegados por las agraviadas.

Siguiendo con el análisis respecto tenemos la sentencia del **7 de febrero del 2005 (Exp.593-2003)**. En este caso, en dicha resolución se refiere que en circunstancias que la agraviada se encontraba durmiendo con su menor hija, llegó su esposo en estado de ebriedad y al reclamarle del por qué llegaba a esa hora y en ese estado, el demandado comenzó a insultarla con palabras soeces procediendo a jalarle los cabellos y a darle cachetadas, hechos que fueron presenciados por la menor.

En este caso se emplea el mismo marco teórico y normativo, repitiendo los mismos argumentos utilizados en las sentencias anteriores, lo que denota que la magistrada utiliza una plantilla en la fundamentación legal y el marco conceptual. No hace uso de criterios doctrinarios sino que se sujeta a los contenidos normativos que le sirven de base para sentenciar.

Señala que la declaración de la agraviada se encuentra corroborada por el certificado médico legal. La jueza refiere la forma como valora los hechos y, cómo en las sentencias precedentes, define el carácter de la prueba para lograr indicios demostrativos que le permitan llegar a una certeza.

Sostiene que corresponde aplicar el artículo 169° del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual y sustenta la razón por la que debe dictar medidas de protección. En todos estos extremos, repite los criterios de las anteriores sentencias y no se aparta de la línea lógica que le sirve de base como una suerte de plantilla. Las particularidades de cada sentencia, como en este caso, aparecen en razón de las circunstancias específicas de los hechos.

Declara fundada la demanda, retira al demandado del domicilio conyugal por doce meses y se prohíbe al agresor visitar la casa familiar en estado etílico. Como en el caso anterior no hay una restricción absoluta que inhiba de la presencia recurrente del demandado en el hogar familiar; pero se condiciona su presencia a que en las visitas se encuentre ecuánime y dueño de su razón. La jueza encuentra como causa esencial de las agresiones, en todos los casos similares, el estado circunstancial del agresor. La ebriedad lo torna violento, por tanto, cualquier cercanía a la familia debe ser en estado sobrio. No obstante, al ser un peligro para la integridad de la familia, se le retira del domicilio conyugal.

La jueza declara fundada la demanda y falla en la misma línea de la sentencia anteriormente analizada.

La sentencia del **9 de febrero del 2005 (Exp.037-2003-VF)**, recae en un caso de violencia familiar cuya peculiaridad es que ésta es practicada por ambas partes, las que se demandan recíprocamente.

En efecto, se señala que los cónyuges se agredieron en forma verbal y física en la calle, «debido a problemas familiares», lo que se acredita con los certificados médicos que obran en el expediente. Como en casos anteriores, la fundamentación del fallo remite a los artículos 2°, 3°, 16° y 21° del Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar.

El demandado no contesta, por lo que es declarado rebelde.

La jueza realiza el mismo ejercicio de raciocinio lógico jurídico que en los casos anteriores, apelando a la definición normativa de la violencia familiar y recalcando el carácter público de este tipo de eventos. Los tres considerandos iniciales en materia de violencia familiar

coinciden plenamente con los contenidos en las resoluciones anteriores. Esta sustentación inicial implica que la jueza se somete a una definición precisa y legal, lo que deviene en una aplicación coherente de la justicia en su Despacho, al menos en esta materia.

Luego de dejar sentado el marco teórico y normativo, la jueza pasa a analizar los hechos concretos, evaluación que le permitirá emitir un pronunciamiento que se ajuste al caso en concreto.

La jueza se atiene a las pruebas y atiende la declaración de la agraviada, que sostiene que el agresor atacó a su «compadre» verbalmente e intentó luego agredirlo físicamente. Aquél trató de huir, pero fue interceptado por el agresor que le quitó un zapato. La agraviada intentó recuperarlo pero fue agredida por el demandado, por lo que ella se defendió propinándole varias cachetadas.

La jueza señala que las afirmaciones de la agraviada se encuentran respaldadas por el certificado médico legal, que presenta lesiones por objeto contundente, uña humana y rozamiento contra superficie dura. Existe un acta de conciliación que dispone el retiro del demandado del hogar conyugal, no permitiéndose su reingreso. Se verifica, así, que la violencia es antigua.

Opina la letrada que la actitud del demandado de seguir a la agraviada e intentar agredir al acompañante, cuando ellos se encuentran separados de hecho y considerando que él tiene una relación de convivencia con otra persona, no es dable, dado que no puede exigirle fidelidad y pretender responsabilizarla de la separación, ya que infiere que ésta se produjo debido a los constantes actos de violencia ejercidos por él contra ella. En este caso la jueza hace uso de una consideración subjetiva basada en aspectos éticos que se sustentan en lo señalado en una sentencia anterior, en el sentido que no existe justificación alguna para que se produzca la violencia familiar.

En cuanto a la violencia ejercida contra el demandado manifiesta que también está acreditada, aunque, hace la salvedad la letrada, al señalar que esa violencia es una respuesta al hostigamiento y agresiones. No es claro si la reacción es legítima, si es una defensa o si, simplemente, atenúa su responsabilidad al entenderse dentro de un contexto crítico. Ante esa duda, la jueza esgrime un comentario aclaratorio: *«pero se pudo esperar otra reacción, arreglada a Derecho»*.

Resolviendo el caso, la jueza remite a los artículos 197° y 27° del Código Procesal Civil y luego al artículo 1969° del Código Civil para definir los alcances de la reparación por daños. Señala que deben dictarse medidas de protección a favor de la víctima conforme al artículo 21° de la Ley 26260.

Declara fundada la demanda por violencia recíproca. En este caso hace una distinción, pues considera como violencia familiar la ocasionada al hombre y violencia familiar psicológica y por omisión, la ocasionada en agravio de la mujer.

Se dispone que ambos se abstengan de efectuar toda manifestación de violencia física o psicológica o acoso, bajo apercibimiento de ser denunciados penalmente. Se establecen como medidas de protección las siguientes:

- Ambos recibirán tratamiento psicológico.
- Se oficia a la Comisaría del sector a efectos que se brinde a ambos la protección del caso.
- Se dispone la prohibición de todo tipo de visitas en forma recíproca por espacio inicial de 24 meses. No se levantará la orden sin examen psicológico previo que determine su conveniencia.
- Se prohíbe al varón acercarse a la mujer a menos de cien metros de distancia. Tampoco deberá seguirla a ningún lugar al que se dirija, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente.

2.2.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional

Con relación a las sentencias comentadas en el acápite que antecede, las que abordan la materia de violencia familiar en base a un mismo esquema argumentativo, podemos afirmar que, también en este caso, el raciocinio lógico jurídico efectuado por la jueza en cada caso, dota a sus resoluciones de un cierto grado de predictibilidad.

Es así que atendiendo los argumentos tipo utilizados por dicha jueza, los que están presentes de manera recurrente en sus resoluciones, podemos afirmar que las líneas individuales de pensamiento jurisdiccional de la jueza Rocío Aquize Cáceres son las siguientes:

- Violencia familiar es, según el artículo segundo de la Ley 26260, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual.
- Con la regulación de la violencia familiar se propugna el respeto de la dignidad del núcleo social y consecuentemente salvaguardar el aspecto físico y psíquico de cada ser humano desde la infancia hasta la etapa de adultos mayores.
- Para la valoración de los hechos es necesario hacer uso de los auxilios procesales que corroboran y complementan el valor de las pruebas, específicamente para concluir que existen indicios demostrativos que permiten llegar a tener certeza en torno al hecho controvertido como lo establecen los artículos 276° y 197° del Código Procesal Civil.
- Respecto a la reparación del daño debe tenerse presente el artículo 1969° del Código Civil, que establece que el que ocasiona un daño a otro está obligado a indemnizarlo.
- Además, tratándose de un proceso por violencia familiar deben dictarse las medidas de protección a favor de las víctimas conforme al artículo 21° de la Ley 26260
- Se afirma que los certificados médicos acreditan el estado de las personas al momento de la evaluación.
- No se puede establecer que existe esta violencia con la simple sindicación de la parte sin haber acreditado ningún otro medio probatorio.

2.2.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Aquize

De la revisión de las resoluciones judiciales emitidas por la jueza Rocío Aquize se desprenden ciertos lineamientos o preceptos desde cuya óptica se estructura el raciocinio lógico jurídico desplegado por aquélla a efectos de procurar la solución de las controversias sometidas a su consideración. Estos son básicamente los siguientes:

- La violencia familiar no puede ser considerada como un problema privado, ya que involucra cuestiones públicas de interés social, tales como la educación, el trabajo, la salud, la seguridad.
- La existencia de violencia familiar infringe el numeral 1° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú que dispone que toda persona tiene derecho a la integridad física, moral y psíquica para su libre desarrollo y bienestar, además del literal h) del inciso 24° del artículo 21° de la misma Carta Magna que señala que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, no puede ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes.
- La violencia de cualquier tipo implica manifestaciones de crueldad psicológica, actitudes que ocasionan un desmedro moral a la víctima y trae como consecuencia una afrenta a su dignidad personal.
- No existe justificación alguna para que se den situaciones de violencia familiar.

2.3. LÍNEAS INDIVIDUALES LA JUEZA WILDA CÁRDENAS FALCÓN

La Libertad

Jueza Titular. Abogada graduada por la Universidad Nacional de Trujillo y trabajadora social graduada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo. Ponente, panelista y organizadora en diversos eventos académicos y autora de varias publicaciones en materia jurídica.

2.3.1. Análisis de las sentencias

El esquema de las sentencias emitidas por la jueza Cárdenas se articula conforme a un estilo genérico: exposición de los hechos alegados por las partes y del trámite del proceso, las consideraciones sobre el caso (que implica el análisis de los argumentos de las partes, los hechos, las pruebas actuadas y el derecho aplicable) y finalmente el fallo. En consecuencia, su estilo argumentativo se enmarca, como debe ser, en la estructura clásica que corresponde a las resoluciones judiciales.

Un patrón homogéneo que caracteriza las sentencias bajo comentario es que se incorporan en la mayoría de ellas fundamentos teóricos de corte idéntico referidos a la materia jurídica que se aborda. Es decir, que una vez identificada la materia controvertida presenta argumentos similares para conceptualizar el tema y ubicar un marco general. En las sentencias que presentamos se ha seguido este patrón, lo que evidencia un estilo de trabajo que plantea el uso de ciertas plantillas en la elaboración de resoluciones. Esta constituye una práctica judicial bastante extendida y resulta una forma válida de agilizar la solución de los conflictos, procurando celeridad procesal. Al respecto, se debe tener en cuenta que la plantilla resulte en efecto aplicable y que ésta no impida que se merituen adecuadamente los aspectos singulares de cada caso, lo que se verifica en las resoluciones expedidas por la jueza Cárdenas como veremos a continuación.

Alimentos

En la **sentencia del 4 de marzo del 2005** la jueza Cárdenas se pronuncia respecto de un caso de alimentos en el que la demandante solicita que el demandado abone a favor de su menor hija una pensión por un monto de S/. 400.00 mensuales.

En primer término procede a exponer de manera clara y coherente los argumentos expuestos por ambos sujetos procesales.

Así tenemos que, en cuanto a los fundamentos de la demanda señala básicamente que la actora manifiesta haber tenido una relación sentimental con el emplazado, la que en un primer momento se llevó en buenos términos. Sin embargo, posteriormente cuando le comunicó que estaba embarazada, él cambió, abandonándola al poco tiempo, sin prestarle ningún apoyo moral ni económico.

Asimismo refiere que la accionante le requirió al demandado que inscribiera a la hija que tienen en común, recibiendo a cambio solo promesas y disculpas, por lo que ella tuvo que inscribir el nacimiento de su hija con sus propios datos personales, dejando a salvo que el demandado pueda ir en cualquier momento a hacerlo. Refiere que él nunca ha asistido económicamente a su hija, pese a percibir un ingreso regular de 800 nuevos soles.

De otro lado, señala que el demandado al contestar la demanda niega haber convivido con la demandante, precisando que solo ha mantenido con ella una «relación de enamorados» hasta diciembre del 2000. Agrega que incluso, el 22 de diciembre del 2000 contrajo matrimonio con otra mujer, fruto del cual tiene un hijo. El demandado niega además ser el progenitor de la hija de la actora y adicionalmente refiere que sus ingresos mensuales ascienden a 644 nuevos soles y que con ello mantiene a su esposa e hijo así como a su anciano padre.

Una vez descritos de manera ordenada los fundamentos de la posición de las partes en el proceso, pasa a hacer el análisis de los hechos a la luz de la normatividad aplicable, para lo cual valora además los medios probatorios en su conjunto, a efectos de emitir el pronunciamiento correspondiente.

Antes de ello, parte de reseñar lo establecido por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil que establece que el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso civil es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica haciendo efectivos los derechos sustanciales. Su finalidad esencial es la paz social en justicia.

De otro lado, también alude a la finalidad de los medios probatorios según lo establecido por los artículos 188° y 196° del Código Procesal Civil y señala que éstos deben ser valorados en su conjunto y de manera razonada, remitiéndose de esta forma a lo preceptuado por el artículo 197° del citado cuerpo normativo.

A la luz de dichos preceptos establece que la existencia física de la niña, su identidad y minoría de edad, que es el primer presupuesto requerido para emitir un pronunciamiento sobre el caso, quedan acreditados con la copia certificada del Acta de Nacimiento que obra en autos, de la que fluye además que dicho nacimiento solo fue declarado por la demandante mas no por el demandado o presunto padre biológico. Concluye entonces que se está frente a la figura del acreedor puramente alimentista. Conforme se podrá apreciar ésta es la categoría jurídica que la letrada utiliza a lo largo de su recurrente jurisprudencia en los casos en que se repite el mismo supuesto de hecho.

La situación antes descrita obliga a la jueza a realizar el análisis del caso a la luz de lo preceptuado por el artículo 415° del Código Civil. Según este artículo, la madre puede reclamar alimentos a favor de su menor hijo a quien haya mantenido relaciones sexuales con ella durante la época de la concepción.

Dado que el demandado manifestó haber mantenido una relación sentimental con la actora, empero negó ser el padre de la menor y toda vez que no resulta válido deducir que en una relación sentimental existe necesariamente contacto sexual, la jueza se ve obligada a indagar entre la prueba documentaria.

Entre los medios probatorios aportados por la actora están unas fotografías en las que aparece la pareja en una aparente relación feliz. Como quiera que estos documentos no resultan adecuados para crear la convicción en la juzgadora en el sentido que las partes mantuvieron relaciones sexuales durante la época de la concepción, la magistrada opta por actuar una prueba adicional de oficio, procediendo a confrontar a ambas partes.

En consecuencia, resulta importante recalcar que la magistrada en su válido afán de llegar a la verdad material y tener los elementos de juicio suficientes para determinar la aplicación o no al caso del artículo 415° del Código Civil dispuso que se llevara a cabo una diligencia de confrontación, toda vez que no existe en la normatividad procesal disposición alguna que se lo impida. En dicha diligencia la accionante se ratificó en su dicho de haber mantenido relaciones sexuales con el demandado durante el tiempo que duró su relación amorosa, lo que llegó a ser admitido por el actor. Este reconocimiento de hechos por parte del emplazado resulta crucial en la formación del juicio de valor de la magistrada, pues en base a ello es que la jueza concluye en el Cuarto Considerando de la sentencia bajo comentario que *«... se advierte en autos a meridiana claridad que existen elementos probatorios suficientes que contribuyen a formar convicción en la juzgadora respecto de la presunción pater iuris est y por lo tanto, dicho demandado está en la obligación de acudirle con una pensión alimenticia respectiva a la niña...»*.

La jueza Cárdenas llega a la convicción de que en el presente caso opera la presunción regulada por el artículo 415° del Código Civil. Luego de ello la magistrada asume el trabajo de dotar de fundamentos jurídicos y sociales a su fallo. No es suficiente con esclarecer el hecho sino que de ese hecho se desprende una obligación que debe ser socialmente legitimada. En esa línea, y como es estilo de la jueza Cárdenas, se invoca el artículo 92° del Código de los Niños y Adolescentes, refiriendo el interés superior y la necesidad de no

dejar en desamparo a un menor, pues de su amparo depende su desarrollo biopsicosocial. El derecho a alimentos señala, está amparado en una presunción *juris tantum*.

Otro aspecto es las necesidades de la niña alimentista. En este punto también opera una presunción que la jueza rescata en todas sus sentencias sobre la materia: las necesidades se presumen dada la minoría de edad de la persona. La niña tiene 2 años de edad. Con relación a ello y con clara intención pedagógica menciona los componentes del derecho a alimentos, precando que éste comprende la alimentación propiamente dicha, educación, vestido, habitación, asistencia médica, recreación y todo lo necesario para asegurar el desarrollo integral del menor. Asimismo refiere que los padres son los llamados a asumir la obligación alimentaria. La letrada a efectos de conferirle mayor fuerza argumentativa a su raciocinio apela a lo preceptuado por la Constitución Política del Perú, citando su artículo 6°. En este caso, la madre es la que está asumiendo las obligaciones alimentarias, pero corresponde al demandado ser el complemento de ese aporte.

Se refiere además al artículo 481° del Código Civil, que es la regla general que deben tener en cuenta los jueces para fijar válidamente la prestación alimentaria: los alimentos se regulan en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades de quien debe darlos. La jueza repara entonces en los medios probatorios que obran en autos relacionados al nivel de ingresos del demandado (boletas de pago), analizando además su situación familiar actual (carga familiar), estableciendo acertadamente que aquel no ha probado que sostiene a su padre, que sea hijo único o que su progenitor no perciba ninguna pensión. Al respecto, señala que aun cuando el emplazado tenga una carga aparte, ello no debe ser impedimento para atender a su hija a través de una pensión.

Atendiendo a los argumentos precedentes y en concordancia con lo opinado por el Dictamen Fiscal la magistrada falla, declarando fundada en parte la demanda, ordenando al demandado que acuda a la niña con una pensión de alimentos en forma mensual y adelantada equivalente a la suma de S/. 150.00.

Mediante la **sentencia del 5 de abril del 2005**, la jueza resuelve un caso similar al anterior en el que la demandante sustenta su pretensión alegando que de la relación extramatrimonial que sostuvo durante dos años con el demandado procrearon a su menor hijo; solicitando en base a ello que se abone una pensión de alimentos a favor de este último, la que considera debe ser fijada en la suma de S/. 300.00.

Como en todos los demás casos la jueza expone en primer término de manera clara y precisa los argumentos de ambas partes y cómo se llevó el trámite del proceso para luego compulsar los medios probatorios, haciendo el análisis conducente a establecer si la pretensión es susceptible o no de ser acogida por el órgano jurisdiccional.

Dado que los supuestos de hecho y la controversia son semejantes a los presentados en el caso anterior suponemos que la jueza ha optado por utilizar el mismo esquema de raciocinio lógico jurídico e incluso por repetir de manera literal varios de los fundamentos, de orden genérico, reseñados en la parte considerativa de la sentencia anterior, adaptándolos

cuando corresponde a las circunstancias propias del caso. Esto denota que la magistrada emplea como herramienta en su labor jurisdiccional argumentos tipo, lo que repetimos resulta válido siempre y cuando el desarrollo de las resoluciones no se limite solo a su uso y se tomen en cuenta además los elementos propios de cada caso en concreto, los que ameritan un análisis diferenciado.

En el caso que nos ocupa, la actora reclama una pensión de alimentos a favor de su menor hijo de 9 años de edad, alegando para dicho efecto que mantuvo una relación extramatrimonial con el demandado durante un periodo de dos años.

Señala la accionante que desde el nacimiento del menor, el demandado se ha desentendido completamente de las obligaciones de padre, no aportando a la manutención de su hijo, pese a que trabaja como chofer, obteniendo por esa actividad un ingreso mensual de S/. 300.00, siendo la única carga familiar el niño que ambos han procreado.

La jueza, como en los demás casos, se refiere a la prueba, definiendo su finalidad y alcances. Reitera que la valoración de la prueba, con lo cual es consecuente según se observa, es conjunta y razonada. Señala que el menor es hijo puramente alimentista y recurre a la presunción que opera si es que en el momento de la concepción, el hombre y la mujer mantenían relaciones sexuales.

En efecto, la magistrada advierte, al igual que en el caso anterior, que al no haber sido reconocido el menor por el demandado estamos ante el supuesto del mero acreedor alimentario o presunto hijo puramente alimentista, de conformidad con lo establecido por el artículo 415° del Código Civil.

A diferencia del primer proceso en éste el demandado no contestó la demanda y por ende fue declarado rebelde. En cuanto a ello la jueza Cárdenas asume acertadamente el siguiente criterio: considera que pese a verificarse dicha circunstancia (la rebeldía) no opera en el presente caso la presunción legal relativa de veracidad de los hechos alegados en la demanda a que se refiere el artículo 461° del Código Procesal Civil, toda vez que el menor no fue declarado ni reconocido por su presunto padre, el demandado. En virtud de ello, sostiene que es necesario proceder a evaluar el material probatorio a efectos de determinar si la pretensión incoada queda acreditada o no.

Uno de los mayores problemas en este tipo de situaciones es probar que demandante y demandado, en efecto, sostenían relaciones sexuales. En la sentencia que precede, el demandado reconoció la existencia de relaciones íntimas en la confrontación. Sin embargo, este tipo de admisiones no siempre tendrían que ocurrir en las diligencias judiciales, pues los demandados, según su racionalidad escapista, se supone, tratan de eludir la obligación negando tales afirmaciones.

Cuando las pruebas son insuficientes, la jueza estima pertinente aplicar lo establecido por el artículo 174° del Código de los Niños y Adolescentes, disponiendo la actuación de ciertas pruebas de oficio. La letrada entiende que el fin social del proceso la legitima

para tomar la iniciativa y ubicar a las partes en un escenario de confrontación directa. En ésta, la madre fue enfática en reiterar que ella y el demandado convivieron durante la concepción. La jueza usa la expresión «*de modo categórico, uniforme y reiterado la demandante sostiene que convivieron*».

Cabe señalar que en este proceso como en el que precede en el análisis, el demandado reconoce la convivencia durante dos años y por ende durante la época de la concepción. En la confrontación, es implícito el manejo de la escena por parte de la juzgadora, pues logra derrotar la racionalidad del demandado para llevarlo a la admisión del hecho. Este reconocimiento lleva a la jueza a ganar convicción respecto a la presunción *Pater Juris Est*. Es decir, la presunción *Juris Tantum* no se ha desvirtuado en el proceso.

Como en las demás sentencias se presume que por minoría de edad hay necesidades. La niña cuenta con nueve años. Menciona nuevamente que el juez regula los alimentos en proporción a las necesidades del menor y a la capacidad del demandado para darlos.

Señala que al no haberse podido establecer fehacientemente el nivel de ingresos del demandado se debe tomar como referente la remuneración mínima vital legalmente establecida.

Partiendo de dicha premisa y considerando además que el demandado cuenta con carga familiar adicional, ya que tiene dos menores hijas con otra persona, ordena una pensión mensual de S/. 150.

La **sentencia del 6 de abril del 2005**, recae en un proceso de alimentos en el que la demandante acciona para que el demandado abone una pensión alimenticia de S/. 400.00 a favor de su menor hija.

En este caso al tratarse de un proceso en el que la materia controvertida es similar y los hechos semejantes la sentencia contiene el mismo marco normativo y conceptual que en los dos anteriores y además presenta la misma estructura del pensamiento lógico jurídico utilizado por la magistrada.

La demandante sustenta su pretensión, alegando que de la relación entre ambos nació la menor y que desde aquel nacimiento el padre se desentendió de sus obligaciones, pues éste deseaba tener un hijo varón. Por ello viajó a Trujillo a vivir con sus padres para luego regresar al lado de su pareja (demandante) hasta el año 1994, año en el que se desentendió definitivamente de sus obligaciones.

La madre de la niña denunció al demandado ante la Defensoría del Niño y el Adolescente de la Municipalidad a fin de que acuda con una pensión alimenticia para su menor hija. El demandado reconoció en ese ámbito su paternidad y se comprometió a prestar alimentos a su hija de acuerdo a sus posibilidades económicas. Sin embargo, en la actualidad, el demandado ha incumplido con sus obligaciones.

El demandado, alega la accionante, cuenta con un trabajo estable por el que percibe S/.1,200 mensuales y carece de carga familiar, por lo que puede otorgar una pensión alimenticia.

El demandado es declarado en rebeldía y del mismo modo que en el caso anterior la magistrada considera que no debe operar automáticamente la presunción relativa de la veracidad de los hechos alegados por la actora. Señala en su ejercicio lógico que tratándose de una acción que tiene que ver con los alimentos de una niña que no ha sido declarada por su presunto padre, deben analizarse los medios probatorios ofrecidos de manera conjunta y razonada, con sentido común y buen criterio.

La jueza se refiere al marco general que sustenta su sentencia, como es el caso de la finalidad del proceso, el carácter de la prueba, la valoración de ésta en la línea de lo afirmado en las sentencias analizadas anteriormente. La primera acreditación, como le es característico a las sentencias de la jueza Cárdenas es la existencia física, identidad y minoría de edad de la menor.

Se precisa que del tenor del escrito de contestación se advierte que el demandado «no niega» haber mantenido una relación convivencial con la demandada, lo que cuestiona es haberla mantenido durante la fecha de la concepción. A diferencia de los casos ya analizados, en éste el demandado no reconoce haber convivido con la accionante durante el tiempo de la concepción, sino en un periodo anterior.

Sin embargo, ya que las pruebas deben ser valoradas en conjunto, la afirmación del emplazado es contrastada por una declaración efectuada ante la Defensoría del Niño y el Adolescente, donde aquel declaró que la niña es su hija. La jueza Cárdenas encuentra así una contradicción que abona a favor de la probanza de la pretensión incoada.

Adicionalmente se toma en cuenta que el demandado tácitamente reconoce que él es el obligado a la prestación alimentaria cuando señala que puede acudir a la menor con una pensión de S/. 70.00 pero no con un monto mayor. La magistrada manifiesta su convicción sobre la paternidad presunta y refiere el interés superior del niño y que de la minoridad se desprende la existencia de necesidades.

Los alimentos, expone, se regulan según los dos criterios reiteradamente expuestos, de la necesidad del menor y la capacidad económica del demandado. En este caso, la jueza señala *«que si bien es cierto que el demandado se encuentra en la condición jurídica de rebelde, también lo es que el demandado sostiene que tiene como actividad económica ser estibador, además tampoco se ha probado que el demandado tenga algún impedimento físico o mental que le impida realizar algún tipo de actividad económica»*.

También se señala como en el caso anterior, que al no estar establecidos los ingresos del emplazado corresponde tomar como referente la remuneración mínima vital legalmente establecida.

Se precisa además que el demandado cuenta con carga familiar adicional como son sus menores hijos.

Estando a lo expuesto es que, en concordancia con lo opinado por el representante del Ministerio Público, se declara fundada en parte la demanda, ordenando que el demandado acuda con una pensión alimenticia en forma mensual y adelantada a favor de la menor, ascendente a la suma de S/. 150.00.

Finalmente, se tiene la **sentencia del 28 de abril del 2005**, a través de la cual la jueza Cárdenas resuelve otro caso de alimentos. Esta vez la demandante en lugar de solicitar un monto determinado pretende que la pensión para su menor hija sea fijada en el 60% de la remuneración del demandado. Al tiempo de interponerse la demanda, la niña contaba con un año de edad. Manifiesta la actora que debido al embarazo el demandado expresó su descontento, despreocupándose desde el primer momento de los gastos que implica el embarazo, dejando a la accionante en total desamparo y abandono.

La accionante alega que el demandado es policía en grado de Mayor y recibe una remuneración mensual de S/. 1600 más S/. 600 adicionales por combustible. La madre pretende demostrar la relación paterno filial a través de boletas de venta emitidas a nombre del demandado, pues algunas veces él ha comprado pañales y leche para sostener a su hija.

El demandado al contestar la demanda manifiesta que con la demandante solo tiene lazos de amistad y que no es cierto que hayan tenido una relación sentimental y de pareja, por ende no tenía por qué preocuparse de los gastos del embarazo. Aduce que los medios probatorios presentados por la demandante (boletas de venta) no pueden ser tomados en cuenta, pues en ellos solo aparece su apellido. Incluso refiere el nombre completo de quien supuestamente es el verdadero padre.

En esta sentencia, a diferencia de las otras resoluciones bajo comentario, no se esboza un marco teórico previo, en el que además se explicaba la finalidad de la prueba y varios de sus alcances. La jueza salta este aspecto del esquema antes utilizado y pasa a compulsar las pruebas. Es así que manifiesta en el primer considerando de la resolución que tiene constancia de la existencia física y real de la niña a través del acta de nacimiento que obra en autos y de su asistencia a la Audiencia Única.

Igualmente nos encontramos frente a la figura del hijo puramente alimentista, presumiéndose que el padre es aquel que durante la concepción mantenía relaciones sexuales con la madre. Se acredita con los testimonios, esta vez, que existía un vínculo sentimental entre los justiciables. Se verifica que, en efecto, el demandado ayudó en el sostén de la niña con pañales y leche. Además, se constata que el demandado, incluso, acompañaba a la demandante a los controles de embarazo. Según la jueza, aparentemente ante la falta de pruebas más contundentes, existen indicadores que demuestran que el demandado y la demandante sostenían relaciones sexuales al momento de la concepción.

En esta sentencia, la jueza ya no recurre a la propia declaración de la parte sino a indicios que, según sopesa inducen a la convicción de relaciones íntimas subyacentes. En los hechos

no necesariamente tiene que ser así, pero se opta por una interpretación amplia que deriva de una valoración siempre subjetiva cuando no se tiene mayores datos de la realidad.

El demandado está casado con otra persona y tiene carga familiar. En base a ello y a las necesidades de la niña, la jueza declara fundada en parte la demanda estimando la pensión en el 25% de la remuneración del demandado, porcentaje que es bastante menor que el solicitado en la demanda.

Tenencia

En su **sentencia del 18 de abril del 2005 (Exp. 2196-01)**, la jueza resuelve un caso de tenencia. La madre recurre a la justicia para interponer una demanda de reconocimiento del derecho de tenencia y custodia de sus menores hijas de 9 y 2 años de edad.

La demandante fundamenta su pretensión, alegando que producto de su relación convivencial sostenida con el demandado ha procreado a sus menores hijas. Ella se encuentra separada del demandado desde hace algunos años y es quien viene ejerciendo la tenencia y custodia de hecho. Manifiesta que su hija sufre una enfermedad irreversible y que ha recibido amenazas del demandado en el sentido que pretende separarla de su menor hija para llevársela a la casa de su abuela paterna.

Interpone la demanda, pues se ve amenazada y asume que de cumplirse la amenaza, la niña sería afectada en su estabilidad emocional.

Fundamentos de la sentencia

La jueza cita el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; en esa línea la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una certidumbre. Como en sentencias precedentes aunque sobre otras materias, la jueza se refiere al carácter y finalidad de la prueba. Comprueba la existencia física, identidad y minoría de edad de las niñas.

La jueza desarrolla luego un trabajo de análisis sobre las condiciones más convenientes para los menores. Como se observa de otras sentencias sobre el tema, uno de los objetivos de la justicia en cuanto a tenencia y custodia de menores es asegurar la mejor condición de habitabilidad y moral para su pleno y adecuado desarrollo.

Precisa que si no existe un acuerdo entre los padres, se debe decidir tomando en cuenta las siguientes reglas:

- El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- El hijo menor de 3 años permanecerá con la madre.
- Para el que no obtenga la tenencia o custodia debe señalarse un régimen de visitas.

La jueza remite al informe que obra en el expediente. Sostiene que, pese a que la niña enferma habita en un hogar incompleto y con material noble, recibe las comodidades y cuidados necesarios. Los abuelos maternos cuidan de ella y su hermana.

Considera que es conveniente que esta situación no cambie, pues puede verse afectado el desarrollo emocional de las niñas. La madre no registra, además, antecedentes policiales ni penales.

Declara fundada la demanda.

En su sentencia **del 29 de abril del 2005 (Exp.339-2003)**, la jueza resuelve un caso de reconocimiento de tenencia. El padre demanda tal reconocimiento contra la madre, alegado que puede darle una mejor vida al menor hijo, sustentada en el amor.

Refiere que la madre hizo abandono violento del hogar conyugal, llevando consigo a su hijo y diversos muebles que pudo adquirir el demandante hasta entonces. En todo ese tiempo la demandada ha impedido al demandante ver a su hijo y ha tomado conocimiento de las circunstancias de sufrimiento. Narra que el niño vive en condiciones de hacinamiento en casa de la familia de la demandada. Además, la madre trabaja en la madrugada en un tragamonedas, por lo que no cuida plenamente del menor. De otro lado, afirma que el niño ha sido encontrado en lugares riesgosos.

Por su parte, él vive en una casa amplia y cómoda y tiene un negocio familiar, no estando sujeto a horarios ni subordinación laboral, por lo que puede atender al niño. Según las psicólogas de la Demuna, lo más conveniente para el niño es vivir con el padre.

Fundamentos de la sentencia

La jueza esboza el marco conceptual como en la sentencia analizada anteriormente. Define las reglas de decisión para determinar la tenencia.

La jueza desestima algunos medios probatorios, como los informes de la Demuna, algunos contradictorios. Cada progenitor ha solicitado un informe por su lado y ambos resultan parcializados. El niño declara que se acostumbra con sus dos padres y que ninguno de ellos lo maltrata. No rechaza a ninguno de los dos.

Resulta evidente que las condiciones materiales del padre son las mejores. Sin embargo, la jueza estima que éstas no son suficientes, sino el cuidado y el amor demostrado en hechos. Por tal razón llama la atención sobre el hecho que al momento de realizarse la visita a la madre, ella no estaba en casa ni acudió oportunamente a la citación de la asistente social. Al ser entrevistada en oficina no se pudo palpar la relación madre-niño. Ese descuido es clave, pues genera decisión en la jueza. El niño, por medida cautelar, vive con el padre y la demandada no ha cumplido cabalmente con el régimen de visitas. Se registran tardanzas e inasistencias. La madre ha frustrado la asistencia del niño a eventos escolares, como la Feria de Ciencia de su colegio. Igualmente, prefirió llevarlo al asentamiento humano

donde reside antes que al concurso de disfraces en su jardín, para lo cual el niño ya estaba vestido. Ella priorizó sus actividades personales.

La asistenta social dio cuenta de que cuando vivía en casa de la madre el niño manifestaba tristeza y los propios habitantes de la casa no sabían dar cuenta de él. Incluso, se registra el hecho de que en alguna oportunidad se le vio lejos de la casa deambulando a solas.

Con la tenencia provisional dada al padre no se ha registrado detrimento en las notas escolares y se observa en el niño una actitud más positiva y de contento. La jueza ordena finalmente que la tenencia (provisional por el padre a la fecha de la sentencia) la siga teniendo el padre.

2.3.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional

En lo que respecta a las resoluciones antes reseñadas que versan sobre la institución jurídica Alimentos se puede señalar válidamente que éstas guardan un mismo patrón argumentativo, de cuyo análisis se infiere que el raciocinio lógico jurídico desplegado discurre por los cauces de la coherencia, lo que confiere un gran margen de predictibilidad a sus decisiones jurisdiccionales.

Debemos recalcar que la jueza Cárdenas impulsa adecuadamente los medios probatorios e incluso a efectos de lograr la solución del caso cuando éstos no le resultan suficientes no se limita a declarar infundada la demanda sino que ordena la actuación de pruebas de oficio.

Teniendo en cuenta los argumentos tipo utilizados por la magistrada, los que están presentes de manera constante en sus resoluciones, podemos afirmar que las líneas individuales de pensamiento jurisdiccional de la jueza Wilda Cárdenas Falcón son las siguientes:

- La valoración de la prueba, con lo cual es consecuente según se observa, debe ser conjunta y razonada.
- El estado de necesidad que en los menores se presume es bastante apremiante y por ende, la obligación alimentaria en dicho caso es de impostergable cumplimiento.
- Dicha obligación comprende la alimentación propiamente dicha, educación, vestido, habitación asistencia, recreación y todo lo necesario para el desarrollo integral del menor, entendiéndose además que ambos padres deben de asumirla.
- La presunción *pater iuris* (artículo 415° del Código Civil) tiene como sustento el no dejar desamparado el derecho alimentario del niño el cual está consagrado por el principio consistente en su interés superior, más aún si ese derecho es elemental para su normal desarrollo biosicosocial.
- Cuando no se ha podido establecer fehacientemente el nivel de ingresos del demandado se debe tomar como referente la remuneración mínima vital legalmente establecida.
- La presunción relativa de verdad prevista por el artículo 461° del Código Procesal para el caso de la rebeldía no se aplica de manera automática. Se deberá evaluar cada

caso, resultando necesario en algunos supuestos merituar los medios probatorios para establecer si la pretensión está o no acreditada en el proceso.

- Cuando las pruebas son insuficientes, la jueza estima necesario actuar ciertas pruebas de oficio.

Tenencia

- Importan las condiciones más convenientes para los menores. Como se observa de otras sentencias sobre el tema, uno de los objetivos de la justicia en cuanto a tenencia y custodia de menores es asegurar la mejor condición de habitabilidad y moral para su pleno y adecuado desarrollo.
- Rigen las siguientes reglas:
 - El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
 - El hijo menor de 3 años permanecerá con la madre.
 - Para el que no obtenga la tenencia o custodia debe señalarse un régimen de visitas.

2.3.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Cárdenas

De la revisión de las resoluciones judiciales emitidas por la jueza Wilda Cárdenas se desprenden ciertos lineamientos o preceptos que subyacen de manera constante al raciocinio lógico jurídico desplegado por aquella a efectos de arribar al fallo correspondiente. Éstos son los siguientes:

- La letrada tiene presente en todo momento cuáles son los fines del proceso y asume que ellos la legitiman para tomar un papel activo en el esclarecimiento de la materia controvertida. Ello se colige del hecho de tener como política la actuación de medios probatorio de oficio.
- Considera importante a efectos de poner fin al conflicto de intereses a acudir a los indicios como complemento del valor de los medios probatorios.
- Asume en todo momento un rol tuitivo en relación al respeto de los derechos del niño, específicamente con relación a un derecho vital, cual es de Alimentos, es por ello que considera que los menores en ningún caso pueden verse desprotegidos.
- Se puede concluir además que sus decisiones están inspiradas en el Principio del Interés Superior del Niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y recogido por nuestra legislación en el artículo IX del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En virtud de este principio se considera que el interés del niño debe ser público, y por consecuencia, jurídicamente protegido.
- De otro lado, respeta el principio de vinculación y formalidad procesales, denotando el respeto al carácter imperativo de las normas adjetivas, pero adecuando su exigencia a los logros del proceso. Ejemplo de ello es no aplicar de manera automática la presunción contenida en el artículo 461° del Código Procesal Civil, sino atendiendo a las peculiaridades del caso.

SEGUNDA PARTE

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL VOLUNTARIADO UNIVERSITARIO

JUSTIFICACIÓN

Uno de los actores más relevantes del proyecto Auditoría Social al Sistema de Justicia (ASSJ) de la Comisión Andina de Juristas (CAJ), del que fluye esta serie, ha sido el voluntariado universitario. Los jóvenes estudiantes de Derecho de diversas universidades peruanas, aportaron su trabajo incondicional para que la ASSJ se posicionara como uno de los proyectos más exitosos del país.

Dado el respaldo entusiasta de los jóvenes por el proyecto y su vocación manifiesta por el Derecho, la CAJ evaluó la posibilidad de invitar a los estudiantes participantes para que aporten sus análisis y perspectivas sobre el proceso judicial y el Derecho en el Perú. Se recibieron artículos de diversa temática, pero que expresaban una necesidad de reforma sustancial y adjetiva de cara a una mejor justicia.

Es importante presentar a la comunidad jurídica la visión de los jóvenes que recién se acercan al mundo de las leyes, la doctrina y la jurisprudencia y que serán los que aporten más adelante las nuevas reflexiones y razonamientos jurídicos que se constituirán en materia de cambio en el futuro.

Los jóvenes que participan en el proyecto vienen recogiendo la lumbre del aprendizaje en las aulas, pero también la que la CAJ le ofrece a través de un trabajo práctico que les ha permitido conocer las diversas materias jurídicas, el funcionamiento de la Administración de Justicia, las líneas individuales de pensamiento jurisdiccional de varios jueces y la esencia misma de la dinámica del Derecho. Se han aproximado al razonamiento jurisdiccional por la vía de observar y atender en diversos eventos la lógica de administrar justicia.

Una experiencia de este tipo, que ha reunido a decenas de jóvenes de todo el país en torno a un proceso *sui generis* de acercamiento a la justicia tenía que recoger una selección, finalmente, de los frutos de ese magisterio que, por cierto, no pretende ni puede superar al de las aulas universitarias.

En ese trajín, presentamos en este número, una selección de los artículos que los jóvenes voluntarios enviaron con el fin de aportar al pensamiento jurídico. Conforme a la lógica del concurso, en esta edición se hacen públicas dos menciones de honor (Abel Constantino Cruz Quintanilla y Kory Ekatherine Del Carpio Rivera) que son aquellos voluntarios que presentaron artículos que desarrollan el tema de la predictibilidad y que, a tenor de la CAJ, tocan puntos importantes que deben ser resaltados en la publicación. Todo ello sin

perjuicio de reconocer la calidad de los artículos sobre diversos temas que son recogidos y publicados en esta edición de la serie. Varios de los artículos recibidos se refieren, así, específicamente a la justicia predecible y otros a reflexiones temáticas y dudas que surgieron o deberían surgir del análisis de las diversas sentencias.

Proyecto ASSJ

1. SOBRE PREDICTIBILIDAD JUDICIAL

LA PREDICTIBILIDAD, ALIVIO DE LOS LITIGANTES³¹

Abel Constantino Cruz Quintanilla

Alumno de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Voluntario de la CAJ en Cusco.

79

Las personas que se aventuran a iniciar un proceso judicial en cualquier campo del Derecho, se encuentran con un mundo extraño, debido a que no están seguras de lo que podrá suceder, pues esperan que lo que es justo para ellas, lo sea también para los órganos jurisdiccionales. Esto, naturalmente, en muchos casos no sucede, y entonces los justiciables son invadidos por la inseguridad e incertidumbre, lo que a la larga genera cierta desconfianza con respecto al Poder Judicial, además de una preocupación que podría considerarse hasta cierto punto natural, pero que en muchos casos llega a afectar a la persona. Y entonces ¿qué se puede hacer para evitar este efecto negativo de los procesos judiciales? Y es en la respuesta donde entra a tallar el papel del abogado con respecto a sus clientes, pues el hombre de Derecho además de llevar el proceso durante todas las etapas procesales hasta conseguir una sentencia firme, también debe tratar de aliviar la incertidumbre y desconfianza que existe en su patrocinado.

Se debe considerar que no todos los abogados consiguen aliviar este peso que agobia a sus clientes; solo los abogados que conocen a profundidad las normas sustantivas y adjetivas pueden realmente socorrer al litigante en la incertidumbre y desconfianza en que está inmerso.

El abogado conocedor está en la capacidad de proyectar el resultado al final del camino de los actos procesales. Porque todo proceso judicial tiene su origen en hechos que se dan en la vida cotidiana de la persona, y estos hechos están contenidos en supuestos de hecho (normas jurídicas) que a su vez señalan una consecuencia jurídica determinada, para el hecho determinado³². Es en este contexto que el abogado conocedor puede proyectarse sobre cuál será el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, pues solo tendrá que hacer una simple operación lógica de adecuar el caso de su patrocinado al supuesto de hecho preexistente y sabrá de alguna forma el resultado que tendrá el proceso. Y de esta forma librá a su patrocinado de la incertidumbre. Ya que esta misma operación es realizada por el órgano jurisdiccional al momento de pronunciarse en un determinado proceso, con la única diferencia que el órgano jurisdiccional adecua hechos probados al supuesto de hecho preexistente y a su vez se debe pronunciar por una consecuencia debidamente motivada y fundamentada.

³¹ MENCIÓN DE HONOR N° 1.

³² VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil Peruano*, WG Editor E.I.R.L. Lima, 1992, p. 196.

Entonces, si el abogado conoce el ordenamiento jurídico y además conoce de alguna manera los criterios jurisdiccionales de algunos magistrados, podrá predecir el contenido de la sentencia que se dará en el futuro y si ésta le será favorable o no a su cliente. Pero debemos entender «predecir» como algo, anticipado predicho, anunciado, preestablecido y no como adivinar o acertar por casualidad³³.

Con referencia a si es posible tener una Administración de Justicia predecible en el Perú, debo señalar de conformidad con lo antes expuesto que sí. Pues si los encargados de cumplir con el ejercicio de la jurisdicción (administrar justicia) realizan el ejercicio lógico planteado por Kelsen de adecuar las conductas exteriorizadas a supuestos preestablecidos, entonces será fácil predecir el resultado de los procesos judiciales y de esta manera beneficiar a los millones de litigantes que existen en nuestro país.

Pero si el razonamiento de adecuar hechos a supuestos determinados es muy sencillo, por qué en nuestra realidad no podemos decir que es absolutamente posible predecir un fallo judicial. La razón de esta afirmación recae en lo que denominamos anteriormente como «criterios jurisdiccionales», que no son otra cosa que la discrecionalidad y el libre arbitrio del que gozan los jueces al dar sus resoluciones.

Arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien —como es lo más frecuente— combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que ofrece la legalidad³⁴.

Sin embargo, muchas veces quienes están encargados de administrar justicia en nuestro país, son los mismos que no permiten la existencia de una administración de justicia predecible, al hacer un uso indebido de la libertad de discrecionalidad que les ha brindado el Estado a través del derecho positivo; es así como muchas veces esta libertad de arbitrio se convierte en arbitrariedad.

La discrecionalidad debe aplicarse como señala Dworkin, «*el concepto de discreción solo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada*»³⁵. No se debe hacer abuso de esta potestad, caso contrario se estaría desnaturalizando la facultad de discrecionalidad que poseen los magistrados en perjuicio de quienes acuden al Poder Judicial en busca de una solución para sus problemas.

La discrecionalidad, al adecuar un hecho a una norma determinada, debe estar acorde a lo permitido por el ordenamiento legal, a los principios y valores que rigen la dura tarea de administrar justicia.

³³ PAREDES INFAZON, Jelio. *La predictibilidad jurídica y el precedente*. Lima, 2008, p. 19.

³⁴ VELAZQUES DELGADO, Percy. «La discrecionalidad en la determinación judicial de la pena». En: *Yachaq*, Revista de Derecho, N° 5. Cusco, 2007, p. 182.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 2002, p. 83.

A modo de conclusión señalaré que si la potestad jurisdiccional del Estado se aplicara acorde a la predictibilidad, que se encuentra latente en nuestro sistema normativo, podríamos reducir la inseguridad jurídica que existe en los litigantes, reducir la desconfianza de la población en el Poder Judicial, reducir la carga procesal, ya que las personas no iniciarían procesos judiciales esperanzados en que la providencia les hará ganar. La administración de justicia sería más rápida ya que el administrador de justicia podrá recurrir a fundamentos de casos similares para resolver las controversias.

Finalmente, debemos señalar que, pese a las dificultades que implica el «criterio» judicial, sí es posible aplicar la predictibilidad en nuestra realidad jurídica, así lo demuestra la experiencia de los precedentes vinculantes que se aplican en nuestro país hace ya bastante tiempo, y el reconocimiento de la predictibilidad como un principio en la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo, en el inc. 1.15 del artículo IV de su título preliminar. Lo único que falta es reconocer expresamente a la predictibilidad como un principio que rija todo nuestro ordenamiento jurídico y hacer que los operadores del Derecho se acostumbren a usarla. Y todo esto con el fin de aliviar la angustia y pesar que recae en el litigante al iniciar un proceso judicial.

RECOBRANDO LA CONFIANZA DE LA CIUDADANÍA EN EL PODER JUDICIAL: TRANSPARENCIA JURISDICCIONAL³⁶

Kory Ekatherine Del Carpio Rivera

Bachiller en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro de la Asociación Civil Proyecto Coherencia.

82

«Hay hermanos mucho por hacer».
CÉSAR VALLEJO

Uno de los órganos que desarrolló el hombre durante su evolución fue la masa cerebral que aumentó su volumen hasta casi duplicarlo, adquiriendo una característica que lo ha diferenciado de los otros seres vivos: la capacidad de razonar. Qué le ha permitido pasar de ser un individuo nómada a uno sedentario: pasar de la recolección a la agricultura y la ganadería, entre las muchas actividades y costumbres adoptadas por el hombre con el paso de los años. Uno de sus logros más notables fue dejar de resolver sus conflictos a través de la violencia y recurrir a un tercero imparcial para que resuelva los conflictos de intereses.

Así, al principio el conflicto era resuelto por los ancianos del grupo ya que se consideraba que su experiencia en la vida les daba sabiduría; luego con la creación del Derecho (tal como lo entendemos) por los Romanos surgieron los pretores que son considerados como los antecesores de los jueces con funciones similares que, debido al avance del tiempo, evolucionaron y se fueron afinando.

Muchos años después, la Revolución Francesa, la independencia de las colonias europeas, la consolidación del Estado Moderno, entre otros sucesos importantes trajeron consigo distintos conceptos utilizados hasta la actualidad; uno de los más importantes fue el de «soberanía popular», es decir, que el poder originario (constituyente) reside en el pueblo, que lo delega para que la convivencia entre todos los miembros del Estado sea viable, creándose de esta manera el poder constituido dentro de un Estado constitucional.

Actualmente, este término (soberanía popular) es utilizado particularmente en los Estados democráticos, los que tienen como una de sus características principales la división de poderes³⁷: Poder Legislativo, que elabora las leyes y corrige las que ya están hechas o deroga las que sean inútiles; Poder Ejecutivo, que se encarga de la ejecución de las leyes; Poder Judicial, que se ocupa de solucionar los conflictos de interés o de castigar los delitos.

³⁶ MENCIÓN DE HONOR N° 2.

³⁷ Que tiene su fundamento en la teoría elaborada por Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes* en el siglo XVIII.

Es de este último, el Poder Judicial, que deseo tratar con más amplitud en el presente artículo, ya que lo considero de vital importancia para la convivencia pacífica de la población. Y sin restar importancia a los otros poderes, me permito expresar mi profunda preocupación por éste, ya que en las últimas décadas la imagen de este Poder ha sido tristemente manchada por los numerosos casos de corrupción que han salido a la luz.

El gran problema es que la población se centra solo en esta información para afirmar que el Poder Judicial es una institución que adolece de corrupción en su totalidad, olvidando a los buenos elementos: jueces, auxiliares judiciales y otros trabajadores que se preocupan por hacer bien su trabajo, para lograr la tan ansiada justicia.

Es por ello necesario, encontrar algún medio por el cual se pueda dar a conocer a la ciudadanía la labor de los jueces que sí hacen bien su trabajo, que aplican la norma general solo cuando el caso concreto reúne los requisitos necesarios y sobre todo, que sobreponen la justicia a la aplicación de la ley, que en algunos casos concretos puede resultar injusta, situación en la que es necesario tener en cuenta los mandatos de la Constitución, que es la norma de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico.

Algo que puede sonar tan lógico, al menos desde mi punto de vista, es una excepción a la regla. Razón por la que un reconocimiento a los Buenos Jueces se hace aún más necesario. Y cuando utilizo la palabra «reconocimiento» no pretendo hacer referencia a algún objeto material en específico, el saber que la población conoce de su buena labor y ser conocido como un profesional eficiente, eficaz y justo, es ya sumamente importante.

Un término muy mencionado en nuestro país en este momento, es la «Transparencia», utilizada por muchos como un término bandera, luego de haber vivido una época de secretismo que buscaba ocultar la corrupción que reinaba en la mayoría de las instituciones públicas de nuestro país. Recurriendo más al término por necesidad que con la intención de unirme a los que la utilizan por moda y no entienden lo que éste implica, creo que existe una necesidad de transparencia jurisdiccional.

La transparencia jurisdiccional trae dos ventajas fundamentales que benefician a dos actores de nuestra sociedad. Por un lado se reconoce a los jueces que hacen bien su trabajo y por otro lado, les da a los ciudadanos seguridad jurídica ya que permite conocer los lineamientos jurídicos de cada juez frente a un caso concreto determinado. Además de desterrar a la corrupción.

En este sentido, hace algunos años la Comisión Andina de Jurista (CAJ) comenzó el proyecto «Auditoría Social al Sistema de Justicia en el Perú» que busca fortalecer la independencia judicial promoviendo la participación constructiva de los ciudadanos en pro de fortalecer la administración de justicia. Proyecto en el que participamos un grupo de universitarios de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) en Lima, junto con otras universidades de otros departamentos del Perú.

Esta experiencia de trabajo voluntario ha sido muy constructiva y enriquecedora ya que nos ha permitido tener un contacto directo con los jueces y las resoluciones judiciales, contribuyendo con nuestra formación académica y brindándonos una experiencia de vida, al ser partícipes de la construcción de una ciudadanía participativa.

Este proceso refuerza los principios jurisdiccionales contemplados tanto de manera explícita como implícita, en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, tales como el principio de independencia, imparcialidad, competencia, accesibilidad, eficacia, duración razonable en las tramitaciones, calidad, previsibilidad, igualdad y responsabilidad y nos garantiza una adecuada correspondencia entre el coste y el rendimiento del servicio público.

Si bien es cierto que toda la información que maneja el Estado y la que se encuentra en relación con los recursos de éste, es pública³⁸, salvo contadas excepciones, lo que permite el proyecto es acceder a información ya trabajada, es decir, revisada y clasificada. Esto facilita que cualquier persona sin conocimiento alguno sobre asuntos jurídicos pueda encontrar la información sobre la que se encuentre interesada.

Teniendo en cuenta que todas las relaciones entre los sujetos se basan en la confianza, resulta evidente que los ciudadanos recurren al Poder Judicial para que resuelva sus conflictos de intereses, con la convicción de obtener un resultado justo y de acuerdo a Derecho. Por ello resulta sumamente peligroso que la población ya no confíe en la capacidad de esta institución para solucionar sus controversias, pues existe la posibilidad que recurra a otros medios fuera de la legalidad para solucionarlos, situación que pondría en peligro la estabilidad y la seguridad jurídica de nuestro país.

Un hombre no puede vivir solo, su naturaleza hace que necesite relacionarse con otros seres de su misma especie. De la misma manera que cuando un problema grave aqueja a nuestra sociedad, no podemos desvincularnos de éste simplemente porque a corto plazo parece no afectarnos. Por lo que es necesario que todos nos involucremos en la solución de problemas como éste, dado que tarde o temprano el problema puede tocar a nuestra puerta.

Si queremos que las cosas en nuestro país mejoren, que la clase política se renueve, que el Poder Judicial resuelva sus casos con eficiencia y eficacia, dejemos de hacer solo alusión a la problemática y comencemos a hablar de la solución ética.

³⁸ Es decir, el derecho de acceso a la información pública contemplado en el artículo 2° inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

LA PREDICTIBILIDAD JURISDICCIONAL COMO MECANISMO DE FORTALECIMIENTO DE UN PODER JUDICIAL LEGITIMADO POR LA SOCIEDAD CIVIL

Jorge Adrián Zúñiga Escalante

Coordinador local del Proyecto en Arequipa.

Los dos últimos años han sido complejos para nuestra justicia, no solo porque los litigios se han incrementado en mayor proporción que en años anteriores, sino porque también, día a día, las controversias e incertidumbres jurídicas van ganando mayor complejidad, y es que como ciudadanos en conjunto, hemos tenido que adaptarnos a nuevas innovaciones sociales que transcurren tan rápidamente como el avance de la tecnología. Y es que tanto a nivel nacional como mundial, nos vemos sujetos a fuertes tensiones, las cuales reflejan actitudes de todo aquel que forma parte de la sociedad, ya que al ser el Estado un sistema, nos encontramos íntimamente relacionados unos con otros de tal manera que aquellos fenómenos que se abalanzan sobre la colectividad en su conjunto tales como la crisis económica, la gripe AH1N1, los conflictos sociales en la selva de nuestro país, etc. obligan a que la sociedad se vea envuelta dentro de un marco de variadas controversias e incertidumbres, las cuales, en muchos casos, solo encontrarán solución en los tribunales y un porcentaje mínimo de aquellas serán resueltas en base a normas incorporadas e inanimadas como el derecho consuetudinario.

Sin embargo, en determinadas circunstancias será necesario quitarle la vida a algunas de las primeras (mediante control difuso) o integrarlas a través de los mecanismos de interpretación, los cuales a través del tiempo se han ido enriqueciendo con abundante doctrina, como por ejemplo los criterios establecidos para el Test de razonabilidad delimitados por nuestro Tribunal Constitucional, así como muchos otros.

Sin embargo, a pesar de tan amplia variedad de mecanismos que han sido diseñados para una mejor administración de justicia, tenemos que la colectividad no se siente satisfecha en su deseo de una justicia eficiente y accesible a todos. Esto se debe, conforme lo explica Antonio Ruiz³⁹ a un gran problema de deslegitimación de las instituciones estatales; dentro de ellas y de gran importancia, está el Poder Judicial. Y es que resulta difícil combatir dicho problema sin caer en enfrentamientos que muestren una colectividad necesitada de justicia que termine buscándola por sus propias manos. Por tanto sabemos, que la respuesta está en que los actores que convergen en este problema puedan participar de la labor jurisdiccional sin hacer un uso abusivo de la misma. Es allí donde surge la predictibilidad jurisdiccional, la cual se muestra como una herramienta práctica que coadyuva a soluciones rápidas y eficaces en el marco de espacios de aprendizaje mutuo. Con ella la magistratura y la sociedad civil encuentran un espacio constructivo donde

³⁹ RUIZ BALLÓN, Antonio. *Auditoria Social al Sistema de Justicia: Una práctica, una propuesta*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009.

confluyen la necesidad de justicia y el otorgamiento de la misma, canalizadas mediante tal predictibilidad.

Y es que la predictibilidad jurisdiccional permite que cuando cualquier integrante de la sociedad civil se encuentre ante una controversia o incertidumbre jurídica tenga la posibilidad de conocer las consecuencias y posibles decisiones que pudiera obtener en caso de activar el aparato estatal mediante la interposición de una demanda o denuncia. Con esto no se altera, de ningún modo, la independencia judicial, como algunos magistrados podrían creer, ya que como bien nos señala Raúl Mendoza Cánepa⁴⁰, la independencia del juez es la aptitud para resolver un conflicto o eliminar la incertidumbre con relevancia jurídica, aplicando el derecho que corresponde al caso concreto, sin interferencias, limitaciones ni condiciones. Por tanto, no hay posibilidad de que sea vulnerada dicha independencia mediante las actuaciones propias de cada magistrado, simplemente tendríamos que cada juez debería ser coherente con cada decisión a tomar ya que sabe que la sociedad civil estará esperando una resolución conforme al propio criterio del mismo y en caso de variarla sabe que deberá fundamentar dicha decisión.

Es por estas razones que se constituye como uno de los derechos fundamentales contenidos en el debido proceso, tener un juez predeterminado por ley. Esto va de la mano con la predictibilidad jurisdiccional, que debe ser garantizada por un sistema jurídico democrático. Así, los particulares deben estar en posibilidad de saber y conocer cuáles son las leyes que los rigen y cuáles los organismos jurisdiccionales que juzgarán los hechos y conductas sin que esa determinación quede sujeta a la arbitrariedad de algún otro órgano estatal, lo cual adicionalmente contribuye, mediante la transparencia de sus actuaciones, a una participación ciudadana efectiva que ayude a mejorar la imagen institucional de un Poder Judicial, que a través del tiempo, se ha visto tan resquebrajada al punto de ubicar a los jueces de nuestro país dentro de los tres primeros con más alta probabilidad de soborno en América Latina. Actualmente, el Perú se ubica apenas por debajo de Ecuador y Venezuela, lo cual debe de servir como inspiración para consolidar una reforma jurisdiccional en la que converjan el aparato estatal y la ciudadanía.

⁴⁰ MENDOZA CÁNEPA, Raúl. *Independencia Judicial: EL Juez, ¿Un modelo para armar?* Comisión Andina de Juristas, Lima, 2005.

2. TEMAS DE FONDO SOBRE MATERIAS JURÍDICAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES

LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR EN LOS INTERESES O DERECHOS DIFUSOS⁴¹

Josune Paco Arméstar

Estudiante de Derecho VI Ciclo en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo-Chiclayo.

87

Los intereses o derechos difusos son una realidad nueva para el Derecho Procesal, tanto así que se ha afirmado que para su debida protección deberán modificarse las instituciones tradicionales del Derecho en mención. Es por eso que tratar este tipo de intereses o derechos es de suma importancia, sobre todo cuando aún no se han aclarado conceptos básicos como la legitimidad para obrar en estos casos, que, desde mi óptica, es la base u origen del problema. De esta manera, en el presente trabajo me he propuesto esclarecer el tema de los derechos difusos y, asimismo, saber quién está legitimado o cuál es la figura procesal adecuada para la tutela de los mismos, partiendo de instituciones clásicas, como aquellas que han surgido acorde a la realidad actual.

Los intereses o derechos difusos

El substrato del derecho subjetivo, cualquiera fuera su concepción, está en el interés. De esta manera, todo derecho subjetivo contiene un interés. Así, pues, hasta hace poco se concebía al derecho subjetivo como la protección de intereses estrictamente individuales; pero ya desde el siglo XX se sumó la defensa de los intereses públicos bajo la concepción de los derechos públicos subjetivos que vinculaban a toda una comunidad y al Estado mismo. Se trata pues de los intereses supra individuales⁴².

El reconocimiento de estos nuevos derechos o intereses se plasmó con la Declaración Americana y la Universal de Derechos Humanos de mediados de siglo XX, entrando a tallar como nueva categoría de derechos humanos los llamados derechos de tercera generación, los cuales fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa que no tenían un particular damnificado, si no a todo un grupo o categoría social, por eso son también llamados intereses difundidos⁴³. Cuando el interés no corresponde a un grupo determinado de personas empezamos a hablar entonces de interés difuso y esto por la indeterminación en cuanto a la identificación de las personas que lo compone⁴⁴.

⁴¹ MENCION ESPECIAL.

⁴² Cfr. MORALES GODÓ, Juan. *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima, Palestra editores, 2005, p. 154.

⁴³ Cfr. GOZAÍN, Oswaldo. *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de Derecho procesal civil*. Argentina. La Ley, 2002, p. 108.

⁴⁴ Cfr. GOZAÍN, Oswaldo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal. Volumen I. Jurisdicción, acción y proceso. Argentina. EDIAR, 1992, p. 401.

De esta manera, el derecho difuso busca la tutela de derechos de un conjunto de sujetos no identificados. A diferencia de los intereses colectivos en los que existen conjuntos de personas determinadas y organizadas, los intereses difusos no tienen respaldo organizacional, pertenecen a un grupo de personas absolutamente indeterminadas entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, accidentales, mutables y eventuales. Lo que hace difuso a este interés o derecho es la imposibilidad de determinar el alcance del grupo social afectado⁴⁵.

Respecto a los intereses o derechos difusos —aunque hay quienes prefieren llamarlos derechos fragmentarios o transpersonales⁴⁶— nuestro Código Procesal Civil dedica su artículo 82° a esta novedad jurídica, estableciendo que... «*interés difuso es aquél cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor...*». Y es que tal como señala Jorge Carrión⁴⁷, lo indeterminado en este tipo de intereses son las personas más no el derecho, el cual es determinado. Por ejemplo, estos bienes pueden ser: la protección del medio ambiente donde domicilian, el derecho a la tranquilidad y al desarrollo integral, el derecho a que sean protegidos sus bienes culturales e históricos, el derecho a que sus integrantes consuman bienes en condiciones adecuadas a su salud, etc.; después de todo hay que recordar que estos derechos tutelan una diversidad de conflictos de masa, no tienen un particular damnificado, pues por el contrario, el perjudicado es el grupo o categoría social⁴⁸.

Es necesario resaltar algo muy importante respecto a este tipo de intereses o derechos y es que el conjunto indeterminado de personas es el titular del derecho subjetivo abstracto; es decir, no se trata de una sumatoria de derechos subjetivos individuales, sino que la titularidad les viene dada en conjunto⁴⁹. A mi criterio, es en este punto donde empieza el problema de los intereses difusos a tal grado de considerarse todo un replanteo de los presupuestos procesales clásicos.

La legitimidad para obrar en los intereses difusos

Tal como señala Gozaíni⁵⁰, con los derechos difusos empieza la verdadera revolución del concepto de legitimidad para obrar.

La legitimidad para obrar es una condición de la acción. Se trata de la identidad lógica que ha de existir entre demandante y demandado y aquella persona a la que en abstracto la

⁴⁵ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica, 2008, pp. 306-307.

⁴⁶ *Loc. cit.*

⁴⁷ Cfr. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima. Grijley, 2004, p. 202.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ *Ídem* (6), p. 205.

⁵⁰ *Loc. cit.*

ley le permite serlo⁵¹. Asimismo, se puede diferenciar entre legitimidad para obrar activa y pasiva. La primera —legitimidad para obrar activa— le corresponde al demandante, es decir, quien se encuentre en calidad de actor. En cuanto a la legitimidad para obrar pasiva, le corresponderá al demandado, adversario o contradictor. El concepto de legitimidad está ligado al de capacidad procesal, siendo ésta la aptitud del sujeto de derecho de actuar como parte en un proceso ejerciendo los derechos por sí mismo⁵².

Volviendo al tema de la legitimidad para obrar o «*legitimatío ad causam*»⁵³ del concepto de la misma —«*identidad lógica que ha de existir entre demandante y demandado y aquella persona a la que en abstracto la ley le permite serlo*»— se deriva la legitimidad para obrar ordinaria y la extraordinaria. La legitimidad para obrar ordinaria, se refiere a ser parte en la relación jurídico sustancial objeto del proceso, en cambio la legitimidad para obrar extraordinaria está dada por la ley sin participar en la relación jurídica sustancial, se trata pues de un tercero legitimado por voluntad de la ley⁵⁴.

Luego de haber detallado lo necesario sobre la legitimidad o legitimación, es preciso preguntarse ¿quién o quiénes son los legitimados para obrar en defensa de un derecho o interés difuso?

Para Federico Mesinas, «*la legitimación para obrar activa (o sea tener la calidad de demandante), en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82° del Código Procesal Civil*⁵⁵, las cuales gozan de la legitimidad para obrar extraordinaria»⁵⁶ (asignada por ley).

Sin embargo, Oswaldo Gozáini sostiene que tanto el Estado como sus entidades no cuentan con las condiciones socioeconómicas suficientes como para defender este tipo de intereses ya que ello requeriría una adecuada preparación de temas tales como el urbanístico, económico, ecológico, financiero, comercial, etc., demostrando debilidad sin tales equipos de conocimiento e inoperancia⁵⁷. De esta manera descarta la idea de apoyarse en el Estado para la tutela de los derechos difusos. En cuanto a las asociaciones e instituciones sin fines

⁵¹ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil, tutela jurisdiccional, debido proceso, demanda civil, excepciones, saneamiento del proceso, jurisprudencia*. Tomo I. Segunda edición. Lima. RODHAS, 1999, p. 560.

⁵² Cfr. MORALES GODÓ, Juan. *Op. cit.*, p. 155.

⁵³ La legitimación o legitimidad puede ser procesal (*ad proressum*) o para obrar (*ad causam*). La primera está referida exclusivamente al aspecto procesal, en tanto que la legitimidad para obrar está referida al fondo de la pretensión. Confróntese al respecto MORALES GODÓ, Juan. *Ibidem*. GOZÁINI, Oswaldo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal. Volumen I. Jurisdicción, acción y proceso. Argentina, EDIAR, 1992, p. 397.

⁵⁴ Véase ZUMAETA MUÑOZ, Pedro. *Temas de la teoría del proceso: derecho procesal civil*. Lima, Jurista editores, 2004, p. 47.

⁵⁵ Código Procesal Civil Art. 82°; «...Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, Las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello...».

⁵⁶ Cfr. MESINAS MONTERO, Federico Guillermo. *El proceso civil en su jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 128.

⁵⁷ Cfr. GOZÁINI, Oswaldo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal. Volumen I. Jurisdicción, acción y proceso. Argentina, EDIAR, 1992, p. 405.

de lucro mencionadas también en el artículo 82° éstas sí gozan con legitimidad extraordinaria (al igual que las entidades estatales). Pero, ¿solo se puede acceder a la tutela de los intereses difusos mediante la legitimidad extraordinaria? Es decir, ¿solo las instituciones asignadas por ley pueden plantear pretensiones sin ser titulares del derecho en la relación material? Desde el punto de vista de Federico Mesinas esto es afirmativo. Sin embargo, hay que tener en cuenta —como he venido sosteniendo a lo largo del trabajo— que la titularidad del interés difuso le corresponde a un conjunto indeterminado de personas, cualquiera de ellas puede solicitar tutela jurídica ya que al hacerlo no se pretende proteger solo el interés particular, sino el interés de aquel grupo indeterminado, por lo que aquella persona no obrará en beneficio propio, sino en nombre del grupo afectado.

En estos casos el interés particular también está protegido indirectamente, pero dicho interés no es exclusivo del sujeto, sino que puede defenderlo en tanto se considere involucrado dentro de un interés generalizado⁵⁸. Por lo tanto, la persona que solicite tutela jurídica estará representando a todo el grupo indeterminado afectado por el mismo interés. Es por esto que Juan Monroy atribuye el patrocinio de los intereses difusos como una forma de «representación procesal atípica»⁵⁹ y esto porque no se necesita de un poder especial para que aquel sujeto represente a las demás personas indeterminadas, pero involucradas en el interés difuso, sino que debido a que este interés le pertenece a todo el grupo, cualquiera está legitimado para ejercer su derecho de acción representando a las otras personas igualmente afectadas.

Es así que se descarta por completo la idea de la legitimidad extraordinaria ya que no hay necesidad de que la ley asigne a un tercero para que forme parte de la relación jurídico procesal, sino que por el contrario, la defensa de estos intereses radica en la legitimidad ordinaria ya que bien puede ser que uno de los sujetos haga uso de su derecho de acción siendo parte de la relación jurídico sustancial objeto del proceso y a la vez representar al grupo indeterminado afectado. Pues tal como afirma el profesor Víctor Hugo Chanduví⁶⁰, no existe inconveniente alguno en que quien ejerza la tutela de un interés difuso actúe en doble calidad, o sea en nombre propio como parte del grupo afectado y en representación de los integrantes del grupo indeterminado.

A modo de conclusión

Bien podemos decir entonces, que los intereses o derechos difusos son derechos subjetivos públicos y recaen en un conjunto indeterminado de personas. Asimismo la legitimidad para obrar les viene dada en conjunto y no como una suma de intereses individuales;

⁵⁸ Véase la opinión de Juan Morales Godo. MORALES GODO, Juan. *Op. cit.*, p. 154.

⁵⁹ Citado por LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, p. 307.

⁶⁰ Director de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Doctor Honoris Causa por la Universidad Privada Ricardo Palma. CHANDUVI CORNEJO, Víctor Hugo. *La defensa de los intereses difusos*. (En línea) 2008. (Fecha de acceso 27 de mayo de 2009) Disponible en <http://mundojuridico1.blogspot.com/2008/03/la-defensa-de-los-intereses-difusos.html>

es por esto que cualquiera de ellos puede solicitar tutela jurídica, no actuando por su propio interés ya que no es exclusivo de él, sino como representante de todos los afectados indeterminados.

A todo esto, la categoría o figura que mejor defiende estos intereses es la representación procesal atípica y esto porque el sujeto que solicite la defensa de un derecho difuso actuará tanto en nombre propio como integrante de la categoría indeterminada de personas y a su vez como representante de éstas, rompiendo con esto el tradicional concepto que se tenía de representación; sin embargo es necesario adecuar las instituciones clásicas a las nuevas realidades jurídicas.

El tema de la representación procesal atípica es novedoso al igual que los intereses difusos, es por ello que la mayoría de autores nombrados en el trabajo no consideran a esta figura como la idónea para salvaguardar estos derechos o intereses, sino que prefieren quedarse con lo que establece el artículo 82° del Código Procesal Civil sobre las instituciones legitimadas por ley para defender dichos intereses, empero hacer esto es negar toda posible solución eficaz a problemas tan reales y esenciales como el tratado en el presente trabajo.

Bibliografía

CARRIÓN LUGO, Jorge.

Tratado de Derecho Procesal Civil. Lima. Grijley. 2004.

GOZAÍNI, Oswaldo.

Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de Derecho procesal civil. Argentina. La Ley 2002.

GOZAÍNI, Oswaldo.

Derecho Procesal Civil. Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal. Volumen I. Jurisdicción, acción y proceso. Argentina. EDIAR. 1992.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella.

Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica. 2008.

MESINAS MONTERO, Federico Guillermo.

El proceso civil en su jurisprudencia. Lima. Gaceta Jurídica. 2008.

MORALES GODÓ, Juan. *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima. Palestra editores. 2005.

TICONA POSTIGO, Víctor.

El debido proceso y la demanda civil, tutela jurisdiccional, debido proceso, demanda civil, excepciones, saneamiento del proceso, jurisprudencia. Tomo I. Segunda edición. Lima. RODHAS. 1999.

ZUMAETA MUÑOZ, Pedro.

Temas de la teoría del proceso: derecho procesal civil. Lima. Jurista editores. 2004.

Páginas web: <http://mundojuridico1.blogspot.com/2008/03/la-defensa-de-los-intereses-difusos.html>

**LÍMITES A LA PRUEBA ILÍCITA:
«CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES»⁶¹
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE DESDE EL 1º ABRIL
EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE**

Leyla Ivon Vilchez Guivar

Estudiante del 9º Ciclo de Derecho de la «Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo», integrante de la Clínica Jurídico Penal y Procesal Penal.

92

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal constituyen dos ámbitos del Derecho irremediabilmente unidos en la práctica. Dicho en otros términos, la sanción penal solo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia.

Se debe comprobar que el acusado ha realizado un hecho previsto por la ley como delito, y esta decisión debe plasmarse en una sentencia debidamente motivada. Con razón ha dicho Roxin que «*el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución*»⁶².

No cabe duda de que la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) cuenta con una mayor amplitud de garantías procesales para el acusado, con carácter de derecho fundamental, asumiendo incluso el riesgo de absolución de un culpable, pues se entiende que esta posibilidad siempre es menos mala que la que supone el riesgo contrario, esto es, el riesgo de condenar a un inocente.

Dicho lo anterior no queda duda de que la prueba es trascendental dentro del proceso. Prueba es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley⁶³.

Los límites del derecho a la prueba⁶⁴

El derecho a la prueba no es un derecho consagrado expresamente por la Constitución de 1993, pero se reconoce su naturaleza constitucional, y así lo ha hecho el Tribunal

⁶¹ MENCION ESPECIAL.

⁶² ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

⁶³ El derecho a la prueba ha sido definido como la garantía constitucional o el derecho fundamental que asegura a todos los interesados la *posibilidad* de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, presentar sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional. CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Editorial J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 98 y ss.

⁶⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. «La Prueba». En: *El Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas*. Academia de la Magistratura, 2009.

Constitucional en su sentencia normativa del 3 de enero de 2003, expediente N° 010-2002-AI/TC⁶⁵, al establecer en los fundamentos 148 a 150 de dicho fallo: «*El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú.*».

En el fundamento 149 de la aludida sentencia, el supremo intérprete de la Constitución didácticamente señala:

«Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Éstos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba.».

El TC también señala⁶⁶:

«Ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.».

El derecho a la prueba, aun cuando se halla constitucionalmente asegurado por estar inserto en las garantías de la acción y la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, se le conocen límites⁶⁷.

Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias, o de utilizar la prueba⁶⁸.

La prueba ilícita

Se debe entender por prueba ilícita aquella que es obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable. El estado actual de la «Teoría de la prueba ilícita» se enmarca dentro de la dogmática procesal una implicancia generalizada de «constitucionalidad», donde será

⁶⁵ Caso: Marcelino Tineo Silva y cinco mil ciudadanos.

⁶⁶ Sobre la relatividad de los derechos fundamentales, en sentencia normativa de 21 de julio de 2005, expediente N° OO19-2005-PI/TC, caso: Inconstitucionalidad parcial del artículo 47° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28568 [Fundamento 12].

⁶⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. «Pruebas ilícitas». En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal*. N° 1, Lima, 2000.

⁶⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editorial Grijley, Lima, 2003.

relevante para la solución de los supuestos de prueba ilícita partir de una interpretación de la Constitución. Esto debido a la relación existente de los derechos fundamentales involucrados, entre ellos podemos señalar: el derecho a la inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, al no sometimiento de torturas o malos tratos, al debido proceso —entre otros que la doctrina enmarca—; pero, debemos señalar que también existen bienes jurídicos que la Constitución también protege; conllevando para una adecuada solución la utilización del principio constitucional de proporcionalidad para realizar una correcta interpretación constitucional, que los jueces y tribunales tendrán que realizar.

Según el Nuevo Código Procesal Penal⁶⁹ el límite a la prueba ilícita es el contenido esencial de los derechos fundamentales, y es menester del presente artículo, delimitar este contenido, entendiendo que en la doctrina hay dos teorías, pero a través de la interpretación que realiza el TC es claro que nos adscribimos a la teoría relativa.

La teoría absoluta imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y la parte circunferencial exterior como la parte accesoria de los mismos, dicho núcleo sería la parte intocable y cualquier afectación al mismo sería ilícita, en cambio en la parte contingente se puede establecer las limitaciones y restricciones que se consideren necesarias y justificadas.

Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que éste no es preestablecido y fijo, sino determinable solo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan con él tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.

Contenido constitucionalmente protegido

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 1417-2005-AA⁷⁰ ha definido el contenido constitucionalmente protegido de un derecho en estos términos:

«Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce.»

⁶⁹ Artículo 202° Legalidad procesal.- Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

⁷⁰ Caso: Manuel Anicama Hernández.

Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, solo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental».

El TC tiene en su jurisprudencia y en sus Precedentes Constitucionales bien definidos los derechos, ya sobre cada uno de ellos⁷¹, incluso se ha pronunciado por el tema del debido proceso y los derechos fundamentales⁷², se pronuncia sobre la prueba y afirma:⁷³ «*como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos-*».

Para poder determinar el límite de aplicación del contenido esencial de un derecho fundamental se debe utilizar la llamada *ponderación de derechos* que consiste en sopesar derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar qué derecho prevalece en el caso en concreto y cuál debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien en concreto. De la mano con el principio de ponderación se encuentra el de *proporcionalidad* el cual impide que se sacrifique más allá de lo necesario un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte.

El principio constitucional de proporcionalidad⁷⁴

Dentro de un Estado Democrático de Derecho, los «bienes, valores, principios, derechos y libertades» se encuentran interrelacionados y deberán ser armonizados entre sí, desde una interpretación constitucional correcta; desde esta perspectiva el principio constitucional de proporcionalidad resulta siendo un instrumento válido entre las relaciones entre el Estado y el ciudadano como interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. El principio constitucional de proporcionalidad, se conoce también como test de proporcionalidad o test de razonabilidad; este principio es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional, y que debería ser —a nuestra opinión— aplicado por los tribunales y jueces ordinarios, ya que es un instrumento jurídico válido en un Estado Democrático de Derecho, donde

⁷¹ Se delimitan los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11° de la Constitución, o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo (FJ 37).

⁷² 9081-2006-PHC/TC.

⁷³ Resolución N° 04831-2005-HC/TC.

⁷⁴ El principio de proporcionalidad se puede aplicar en todos aquellos supuestos donde se encuentren en conflicto derechos fundamentales, y demás valores constitucionales que exijan la realización de fines constitucionales legítimos; en particular, debería ser aplicable el principio de proporcionalidad constitucional, dada «la gravedad del hecho delictivo», «la dañosidad social» y «naturaleza jurídica del delito».

se ponderan valores, principios, bienes y derechos teniendo como premisa fines constitucionales legítimos⁷⁵.

Entre los fines constitucionales relevantes para la restricción de los derechos fundamentales —entre muchos— se podrían mencionar a los siguientes: interés social, interés público en la persecución del delito, interés general o bienestar general, convivencia pacífica en sociedad, seguridad jurídica; se estima conveniente, para aplicar, este principio constitucional de proporcionalidad, la determinación del contenido de estos bienes jurídicos constitucionales, ya que si no se estaría retrocediendo en aras de la seguridad jurídica o interés social a grados involucionados del Estado, por lo tanto, la interpretación constitucional que abogamos se deberá de realizar bajo 3 presupuestos:

- Posición preferencial que ocupan los derechos fundamentales.
- En un Estado Democrático de Derecho.
- Que exista la determinación o un grado de determinación de los bienes jurídicos constitucionales; o en todo caso, de los fines constitucionales. Esta es la labor del TC.

Conclusiones

La sanción penal solo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia.

Ningún derecho fundamental es ilimitado. El derecho a la prueba aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, se le conocen límites. Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias o de utilizar la prueba.

Prueba ilícita es aquella que es obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable.

Según el Nuevo Código Procesal Penal el límite a la prueba ilícita es el contenido esencial de los derechos fundamentales.

⁷⁵ Los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto pero sí un contenido esencial, esta relativización de los derechos fundamentales deberán ser interpretada siempre desde la óptica de los principios *pro-hominen* y *pro-libertatis* de los derechos humanos, esto debido a la posición preferencial que ocupan los derechos fundamentales en el Estado de Derecho Moderno, las restricciones a estos derechos deberán ser proporcionales, razonadas y adecuadamente ponderadas desde una interpretación unitaria de la Constitución. En el Perú, el Tribunal Constitucional se adhiere a esta postura, pero señala la siguiente apreciación —del todo correcta—: Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este tribunal, si bien en el Estado constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador lo pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

Para poder determinar el límite de aplicación del contenido esencial de un derecho fundamental se debe utilizar la llamada ponderación de derechos que consiste en sopesar derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar qué derecho prevalece en el caso en concreto y cuál debe quedar desplazado.

Los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto pero sí un contenido esencial; esta relativización de los derechos fundamentales deberá ser interpretada siempre desde la óptica de los principios *pro-hominen* y *pro-libertatis* de los derecho humanos.

Bibliografía

CASTILLO CÓRDOVA, Luis.

Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales. Ara Editores, Lima, 2003.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor.

El Proceso Penal Teoría y Práctica. Palestra Editores, Lima, 2003.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis.

La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derecho fundamentales. Editorial Thomson - Arazandi, Navarra, 2003.

GARCÍA DEL RÍO, Flavio.

La prueba en el proceso penal. Parte general. Editorial Iberoamericana. 5ta. Edición. Lima, 2002.

GIMENO SENDRA, Vicente.

Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Editorial Colex, Madrid, 2007.

GÓSSEL KART Heinz.

«La prueba ilícita en el proceso penal». En: *Revista de Derecho Penal*, 2001-1. Garantías constitucionales y nulidades procesal-I. Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2001.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena.

Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO.

PARRA QUIJANO, Jairo.

«Pruebas ilícitas». En: *Revista Ius et Veritas*. Año VIII, N° 14. Lima, 1997.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada.

«Pruebas ilícitas». En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal*. N° 1. Lima, 2000.

RODRÍGUEZ HURTADO, UGAZ ZEGARRA, GAMERO CALERO, SCHONBOHN.

Manual de la investigación preparatoria del proceso penal común. GTZ, 2008.

ROXIN, Claus.

Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César.

«Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal». En: *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N°4. Lima, 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, César.

«Estudio Crítico del Nuevo Código Procesal Penal». En: *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima, 1993.

TALAVERA ELGUERA, Pablo.

La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas. Academia de la Magistratura, 2009.

ASENCIO MELLADO, José.

Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 135.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, G. Augusto.

Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2005, p. 177.

98

HAIRABEDIÁN, Maximiliano.

Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal. Editor Villela AD-HOC, Buenos Aires, 2002, p. 46.

PISCOYA SILVA, José.

Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita. Derecho y Cambio Social, Internet, 2002.

www.wikipedia.org

HACIA UNA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Erick Dennis Pallaroso Vásquez

Estudiante de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador General del Comité de Voluntariado Lima para el Proyecto Auditoría Social al Sistema de Justicia. Miembro del Comité Editorial de la revista *Iuris Lexis Revista de Estudios Constitucionales* durante el año 2008.

El contexto social, político y económico en el que actualmente se desarrolla nuestro país requiere con urgencia de un sistema judicial capaz, estricto y predecible⁷⁶, que a la vez sea respetuoso de los derechos y garantías de las personas, y eficiente e imparcial en la persecución de los delitos y el castigo de los delincuentes.

A través de los medios de comunicación hemos observado que la ciudadanía expresa su desconcierto e indignación por las recurrentes decisiones de los tribunales de otorgar libertad a presuntos responsables de delitos graves. En varios casos este tipo de medidas ha derivado en la fuga de los delincuentes o en la evasión de la ley penal⁷⁷. Esta es una consecuencia del lento accionar del Poder Judicial y del manejo deficiente de los grandes expedientes.

La situación señalada nos lleva a la necesidad de implementar cuanto antes la oralidad en los juicios a fin de dar celeridad a los procesos y propiciar la transparencia.

Sin embargo, no todo es procedimiento o indolencia funcional, también es necesario reformar al juez. Para impulsar el cambio en la administración de justicia es necesario que la ciudadanía cambie el paradigma de juez y que lo empiece a ver como modelo de ética y esto solo será posible cuando el propio juez cambie su manera de actuar y este cambio se haga visible a través de la difusión de su conducta por los medios. Esta difusión debe servir no solo para trabajar los cambios en base a incentivos antes que en punición, sino también para reconocer y distinguir que no es el sistema el que está descompuesto sino que son solo algunos jueces. Por tal motivo, no podemos juzgar a todos por culpa de algunos jueces deshonestos. Es razonable asumir que una reforma en esa línea debe ser un elemento de la agenda pendiente.

Dinámicas internas de la gestión y calidades personales son importantes, pero también lo es la implementación de las reformas procesales en camino. En esa perspectiva, en

⁷⁶ La LITIGACIÓN PREDECIBLE aparece como uno de los aportes del Proyecto Auditoría Social desarrollado e implementado por el Voluntariado Estudiantil en los países en los que la Comisión Andina de Juristas ha implementado este plan de acción social que ha desarrollado la estrategia de la transparencia y la democracia participativa.

⁷⁷ Así coincidimos en que «debemos desoir que lo que importa no es el que tanto conozcas de derecho en la solución de un caso, sino las relaciones públicas en miras de una fuerza persuasiva sobre el juez y sobre los demás» como lo señala Genaro R. CARRIO en el libro *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Reimpresión Edición 1987. Argentina. Editorial Abeledo Perrot, pp. 15 y ss.

materia penal (que es el tema que abordamos en este artículo) se deben elaborar las medidas legales que permitan la correcta implementación del Nuevo Código Procesal Penal y evitar una implementación improvisada. En este contexto, preocupan los pasos que se vienen dando para poner en vigencia el nuevo Código Procesal Penal. Uno de estos desatinos es el proyecto que pretende atribuir la función de investigar a la Policía. Con esto no asumimos que no exista la necesidad de tener una Policía que investigue, pero esta labor la debe hacer siempre con sujeción al Ministerio Público, porque éste es un ente civil con autonomía e independencia en su acción. La Policía es una entidad que depende del Ministerio del Interior.

No obstante estos temas inquietantes, se constatan pasos importantes en la reforma del Sistema Penal, que tiene entre sus puntos de agenda la sustitución de un esquema de juzgamiento criminal inquisitivo⁷⁸, que no cumplía los estándares mínimos de un Estado de Derecho, en el que quien investigaba, acusaba y dictaba el fallo era el mismo juez, lo que afectaba gravemente su imparcialidad como sentenciador dentro de un sistema adversarial mixto. Asimismo, anteriormente todo se hacía en secreto, lo que no garantizaba la transparencia del sistema.

Existe también una serie de problemas de la justicia penal que a continuación se enumeran y que deben ser tomados en cuenta en cualquier iniciativa de reforma, y que han sido tratados en el marco del Plan Nacional de la CERIAJUS⁷⁹ como son: «mal manejo de la carga procesal», «procedimientos ritualistas y altamente formalizados», «ineficiente gestión judicial», «falta de coordinación entre los operadores del sistema penal».

Hemos observado los aspectos que deben ser materia de cambios sustanciales. Pero, junto a ellos, uno de los principales aportes para trazar una ruta hacia una mejor justicia es la solución de la dispersión y divergencias entre los fallos judiciales. La falta de actualización de nuestros jueces hace muchas veces que sus sentencias se queden cortas en fundamentos jurisprudenciales y doctrinales y muchas veces resuelvan solo de acuerdo a la ley, justificando la concepción de que «el Juez es la boca de la ley»⁸⁰. En estos casos, se olvida que éste tiene una capacidad interpretativa de acuerdo a la realidad social en la que se encuentra y que además, él mismo, es ante todo un ciudadano que goza de la investidura y prelaturas que le otorga la labor jurisdiccional. Sin embargo, pese a su estatus, sus responsabilidades y obligaciones, sus sentencias no son apreciadas en su verdadera magnitud, dado el poco valor que tienen en nuestro país los precedentes jurisprudenciales. Este es un estigma que se repite en toda América Latina⁸¹, que facilita que se dicten fallos contradictorios y que cundan las resoluciones basadas en criterios personales. La construcción de una jurisprudencia sólida y el respeto a los precedentes, hacen más predecibles las decisiones judiciales y otorga mayor seguridad jurídica a los

⁷⁸ MAVILA LEÓN, Rosa. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Lima, Jurista Editores, 2005, p. 23.

⁷⁹ *La CERIAJUS. Preguntas y respuestas*. Documento elaborado por el Poder Judicial el Ministerio Público Ministerio de Justicia La Comisión Andina de Juristas el Consorcio Justicia Viva y el IRIS Center Perú. Lima, Diciembre de 2004, p. 22.

⁸⁰ Concepción clásica dictaminada por Montesquieu que consiste en ver al Juez como un simple repetidor de lo que la ley manda privándolo de su capacidad de síntesis y análisis propia de una vida académica.

⁸¹ Punto de vista que compartimos con la Revista Electrónica de Derecho. Libertad y Desarrollo. www.lyd.org

ciudadanos, que saben entonces a qué atenerse, por lo tanto debiera ser considerada como una alternativa de solución.

Ante ello es necesario señalar que el *Stare Decisis*⁸² en el marco de los Plenos Casatorios corresponde a la mejora de la jurisprudencia y la óptima calidad de las sentencias, todo esto se ha señalado en la CERIAJUS. Asimismo, cabe señalar que la difusión de la jurisprudencia a través de la creación de un Centro de Información de Jurisprudencia Nacional y el Sistema Informático Unificado de Jurisprudencia es una de las tareas que ha quedado por cumplir y que debiera retomar; el «gobierno judicial» encabezado por el Dr. Javier Villa Stein, por ejemplo, ha demostrado un carácter y una firmeza en sus posiciones con respecto a temas jurídicos de actualidad.

Actualmente, la ciudadanía expresa una legítima preocupación sobre el desempeño de los jueces. En vista de ello, creemos que la labor y obligación de las diferentes instituciones, tanto las gubernamentales como no gubernamentales, es apoyar en la construcción de un sistema institucional que conjugue la autonomía con la responsabilidad, formulando la ecuación que asegure la autonomía para resolver en casos concretos. Simultáneamente, se deben construir mecanismos de evaluación basados en indicadores objetivos, como son las tasas de revocación de resoluciones, resultados comparativos respecto de la media de los jueces, entre otras y que al cabo de un período habiliten a evaluar el desempeño del juez.

Somos concientes de que la tarea política se debe ejercer con liderazgo para que se impulse el trabajo conjunto y los consensos; solo así aseguraremos un triunfo de la reforma democrática del sistema de administración de justicia, pasando en una primera etapa por la creación y el mantenimiento de un conjunto de condiciones de diversa naturaleza y dando un respaldo y sostenimiento político al proceso de reforma.

La segunda etapa necesariamente tiene que discurrir por la asignación de recursos presupuestarios, lo que llama a una coordinación directa con el Ministerio de Economía. De la misma manera, se debe asumir el compromiso en la asunción de nuevos roles y funciones por parte de las instituciones involucradas con la justicia penal. La participación ciudadana debe comprometerse con la necesidad de cambio; y a ella debe sumarse el apoyo de la cooperación internacional. Con esos aportes y una reingeniería para la mejora de la imagen de la jurisprudencia penal ante los ojos ciudadanos, se logrará cumplir la meta trazada.

La judicatura debe recoger todas aquellas propuestas y opiniones de la ciudadanía, la transparencia jurisdiccional que proponemos debe ayudar a ese proceso. Coincidimos en apuntar que el verdadero problema se encuentra en un diseño institucional que no favorece la rendición de cuentas de los jueces con respecto al desempeño de su actividad dentro de la Judicatura.

La promoción del juez debe tener como base el mérito; sin embargo, en una democracia, sus acciones están sujetas no solo a la aprobación y control de sus órganos de control interno sino también al ojo público que representa la opinión ciudadana.

⁸² *Op. cit.*, p. 21.

CONCURRENCIA DE ACREEDORES DE UN MISMO BIEN INMUEBLE. ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

César Goicochea Jiménez

Coordinador del voluntariado universitario en Chiclayo. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

102

Hoy en día es muy común enterarnos por los diversos medios de comunicación sobre las diversas modalidades de estafa que pueden existir. Dentro de estas modalidades de estafa podemos encontrar una muy en particular: *Concurrencia de acreedores ante un mismo bien inmueble*.

Pero si realmente queremos encontrarle una solución a este problema, es necesario partir de la raíz de esta modalidad. Muchos precisarán que la principal causa es la falta de información que puedan tener las personas con respecto a un bien inmueble determinado, otros, al igual que yo, pensarán que las verdaderas razones radican en tres factores: en primer lugar encontramos al Código Civil, que si bien es cierto lo regula, lo hace de manera insuficiente para abarcar el problema de la estafa en la concurrencia de acreedores; en segundo lugar se encuentran las zonas alejadas que no cuentan con un medio de regulación para evitar el problema y que además de ello son vulnerables ante el abuso de algunos sujetos; por último encontramos la ineficacia del sistema Notarial. Pero, ¿por qué serán ellos los principales causantes del problema de la concurrencia de acreedores ante un mismo bien inmueble? El problema está en debate y lo que trataré en la presente investigación es demostrar que los arriba mencionados son la principal causa para este problema que tanto aqueja a la sociedad en general y que su solución se puede presentar de diversas maneras.

Modificación del artículo 1135º del Código Civil

Empezaremos desarrollando el primer problema basado en el Código Civil. Al respecto dicha fuente legal lo regula en el artículo 1135º entre otras cosas de la siguiente manera: *«ante la concurrencia de varios acreedores ante un mismo bien inmueble será preferido aquel acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito primero ante Registros Públicos, y a aquel acreedor que tenga título de fecha cierta anterior, siempre y cuando no se haya dado la inscripción»*. Por su parte los magistrados interpretan ese artículo a tal punto que llegan a darle preferencia al que inscribió: *«Tratándose del derecho de propiedad no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos personas titulares del derecho real de propiedad por cuanto éste es excluyente; por lo que en caso de concurrencia, para determinar quién es el propietario del bien se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título haya sido primeramente inscrito; o en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. En este último caso se prefiere el título que conste de documento de fecha cierta más antigua (...)»*.

Pero a mi parecer la salida que se presenta en el texto legal y en la jurisprudencia, de acuerdo a la interpretación de los magistrados es insuficiente, ya que, aparte de lo que está regulado, se debería agregar un párrafo que contenga algún dispositivo de solemnidad y que ante el incumplimiento de éste se tenga bajo sanción de nulidad. La formalidad que estoy mencionado debe estar referida a la obligación de acreedor como deudor a acudir ante un notario para poder formalizar la compra y venta realizada, y si esta formalidad no se cumple, se debería declarar también bajo sanción de nulidad.

Unificación del sistema notarial

Hablar de los notarios es un tema de mucha trascendencia por las diversas funciones que desempeñan. Pero, ¿de qué manera ayudaría el sistema notarial a frenar la concurrencia de acreedores ante un mismo bien inmueble? La respuesta es que son ellos los encargados de garantizar los diversos contratos que se puedan realizar; sin embargo esta garantía que se presenta no es la adecuada, debido a la falta de un sistema de unificación que pueda haber entre ellos. Por ejemplo, en este momento un notario puede estar realizando una minuta de compra-venta de un bien inmueble «A», y a los pocos minutos, el propietario del mismo bien inmueble puede presentarse ante otro notario a realizar la escritura pública del mismo bien inmueble «A», pero con diferente sujeto.

Es así como se puede presentar la deficiencia del sistema notarial y, al mismo tiempo, debido a la falta de un sistema unificado, se da paso al abuso de algunas personas inescrupulosas que lo único que hacen es atentar contra el orden y las buenas costumbres.

Al parecer la solución se presentaría con la unificación del sistema notarial, para así evitar el abuso de algunas personas. Por ejemplo, una vez que se pueda unificar el sistema, una persona no puede acudir ante cualquier notario a realizar la minuta y/o escritura pública de un mismo bien inmueble por dos veces o más. Los notarios deberían preocuparse por este problema y así cumplir con garantizar lo que les pueda corresponder. Con todo esto contribuirían a frenar el excesivo abuso de algunas personas y a disminuir la excesiva carga procesal.

Descentralización del sistema notarial

Las soluciones anteriormente presentadas ayudarían de una y mil maneras a frenar el abuso de los estafadores. Sin embargo, dentro de este punto se presenta algo sumamente importante y que muchas veces es olvidado por las diversas autoridades del Estado.

El problema de la concurrencia de acreedores no solo aqueja a las personas que viven en una urbanización o en una residencial —por así decirlo— sino que también aqueja a las personas de escasos recursos económicos, a aquellas personas que viven alejadas de la ciudad, en los lugares donde muchas veces no hay una autoridad que pueda garantizar los diversos actos —jurídicos o no— que realicen. Hablar de las diversas autoridades

estaría por demás, ahora solo nos centraremos, como a lo largo de la investigación, en los notarios.

Son muy escasas las veces en que los notarios descentralizan sus oficinas para acudir a los lugares más alejados para garantizar los contratos que puedan hacer. En este caso toda la culpa no puede recaer solo en los notarios, sino que también el Estado debería velar por ellos instaurando un Juez de Paz Letrado en algún centro del Estado (Colegio, Comisaría, Posta Médica). Al instaurar un Juzgado de Paz Letrado, éste puede contar así, como los notarios, con el Sistema Unificado Notarial, o dicho de otro modo, que los Juzgados de Paz Letrados que serían instaurados en lugares alejados estén interconectados con las diversas entidades para evitar atentar contra el orden público, la moral y las buenas costumbres.

104

Conclusiones

- Creemos necesario mencionar que ante el abuso que se pueda presentar por diversos propietarios de un bien inmueble, los legisladores deben poner más atención ante este problema y agregarle al Código Civil una parte que pueda regular una solemnidad adecuada para realizar contratos de compra-venta.
- Ante la deficiencia por parte de los notarios y la facilidad que brinda el sistema actual de los notarios, se debe crear un sistema que pueda unificar el sistema notarial para evitar las diversas modalidades de dar fe. Al dar fe los notarios de los diversos contratos que se puedan realizar, ellos deberían poner más ahínco en interconectarse para garantizar el orden y las buenas costumbres.
- El Estado debe crear un Juzgado de Paz Letrado que se encuentre conectado de manera adecuada con las diversas entidades del Estado para evitar el abuso contra las personas de bajos recursos económicos.

Bibliografía

FERRERO COSTA, Raúl.

Curso de Derecho de Obligaciones, 3ª Ed. Grijley, Lima, 2001, p. 43.

GUTIÉRREZ, Walter.

Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica, Lima, p. 36.

Jurisprudencia

Expediente: 232-2007.

Expediente: 789-92.