



---

**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES  
CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA  
POLÍTICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA  
INSTANCIA SOBRE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE  
SEPARACIÓN DE HECHO, EN EL EXPEDIENTE  
N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02 DEL DISTRITO  
JUDICIAL DE CAÑETE – CAÑETE 2020.**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**AUTOR:**

**GIANCARLOS JESUS CAMPOS QUISPE  
CÓDIGO ORCID: 0000-0003-0652-7519**

**ASESORA:**

**TERESA ESPERANZA ZAMUDIO OJEDA  
CÓDIGO ORCID: 0000-0002-4030-7117**

**CAÑETE– PERÚ  
2020**

## **EQUIPO DE TRABAJO**

### **AUTOR**

Campos Quispe, Giancarlos Jesús

ORCID: 0000-0003-0652-7519

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Estudiante de Pregrado,  
Cañete, Perú

### **ASESORA**

Zamudio Ojeda, Teresa Esperanza

ORCID: 0000-0002-4030-7117

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Facultad de Derecho y  
Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho, Cañete, Perú

### **JURADO:**

Belleza Castellares, Luis Miguel

ORCID: 0000-0003-3344-505X

Ramos Mendoza, Julio César

ORCID: 0000-0003-3745-2898

Reyes De La Cruz, Kaykoshida María

ORCID: 0000-0002-0543-5244

## **JURADO EVALUADOR DE TESIS**

Luis Miguel, Belleza Castellares

Presidente

Julio César, Ramos Mendoza

Miembro

Kaykoshida María, Reyes de la Cruz

Miembro

## **AGRADECIMIENTO**

### **A Dios y a la Virgen María:**

Agradezco a Dios por haber bendecido mi vida, y guiado cada uno de mis pasos, y a la Virgen María por enseñarme a tener fe, a creer en mí, y en que todas las cosas pasan en el momento que tienen que pasar. Siendo de esta manera Jesús y la Virgen la imagen a quien recurrir en los momentos más difíciles de mi vida, logrando llenarme de aliento y fortaleza.

### **A la ULADECH católica:**

Agradezco mucho por la ayuda y enseñanza de mis docentes, y a la universidad en general por todo lo anterior brindado en conjunto con todos los copiosos conocimientos que me han otorgado.

*Giancarlos Jesús Campos Quispe*

## **DEDICATORIA**

### **A mis padres:**

Por haberme brindado su apoyo incondicional constantemente, forjarme por el buen camino, hacerme un hombre de bien, gracias a ellos estoy alcanzando mis metas, les debo un eterno agradecimiento y todo esto lo hago por ellos, para que se sientan orgullosos de mí y posteriormente retribuirle todo lo brindado con mucho cariño, los amo mucho y son mi ejemplo a seguir.

### **A mis hermanos:**

Por lo que representan para mí y por ser parte muy importante de una hermosa familia unida, y gracias a ustedes por estar conmigo en todo momento, porque con sus consejos me hicieron una mejor persona.

*Giancarlos Jesús Campos Quispe*

## **RESUMEN**

La investigación tuvo como objetivo general, determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre Divorcio por Causal de Hecho según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del Distrito Judicial del segundo juzgado de Familia del distrito Judicial de Cañete – Cañete 2020. Es de tipo, cualitativo, nivel exploratorio descriptivo, y diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La recolección de datos se realizó, de un expediente seleccionado mediante muestreo por conveniencia, utilizando las técnicas de la observación, y el análisis de contenido, y una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive, pertenecientes a: la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta, muy alta y muy alta; y de la sentencia de segunda instancia: muy alta, muy alta y muy alta. Se concluyó, que la calidad de las sentencias de primera y de segunda instancia, fueron de rango muy alta respectivamente.

**Palabras clave:** calidad, divorcio por causal de hecho, motivación y sentencia.

## **ABSTRACT**

The general objective of the research was to determine the quality of the first and second instance sentences on Divorce by Factual Causal according to the pertinent normative, doctrinal and jurisprudential parameters, in file No. 00711-2008-0-0801-JR-FC -02 of the Judicial District of the second Family Court of the Judicial District of Cañete - Cañete 2020. It is of type, qualitative quantitative, descriptive exploratory level, and non-experimental, retrospective and transversal design. Data collection was performed, selected by means of convenience sampling, using observation techniques, and content analysis, and a list of codes, validated by expert judgment. The results revealed that the quality of the expository part, considered and resolute, pertaining to: the judgment of first instance were of rank: very high, very high and very high; and the sentence of second instance: very high, very high and very high. It was concluded that the quality of the sentences of first and second instance, were of very high rank respectively.

**Key words:** quality, divorce due to fact, motivation and sentence.

## CONTENIDO

	Pág.
<b>EQUIPO DE TRABAJO.....</b>	<b>II</b>
<b>JURADO EVALUADOR DE TESIS .....</b>	<b>III</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>IV</b>
<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>V</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>VII</b>
<b>I. Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>II. Revisión de la Literatura .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Antecedentes .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 Bases teóricas .....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.1 Desarrollo de Instituciones Jurídicas Procesales relacionados con las sentencias en estudio.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.1.1 Acción.....</b>	<b>17</b>
2.2.1.1.1. Clases de Acciones .....	18
2.2.1.1.1.1. Acción de condena.....	18
2.2.1.1.1.2. Acción Declarativa.....	19
2.2.1.1.1.3. Acción Constitutiva.....	20
2.2.1.1.1.4. Acción de Mandamiento .....	23
2.2.1.1.2. Características del derecho de acción .....	25
2.2.1.1.2.1. Materialización de la acción.....	25
2.2.1.1.2.2. Alcance.....	26
<b>2.2.1.2 Jurisdicción .....</b>	<b>26</b>
2.2.1.2.1. Concepto.....	31



2.2.1.2.2. Elementos de la jurisdicción .....	31
2.2.1.2.3. Principios constitucionales aplicables a la función jurisdiccional.....	34
2.2.1.2.4. Principio de Unidad y Exclusividad.....	34
2.2.1.2.5. Principio de Independencia Jurisdiccional.....	35
2.2.1.2.6. Principio de la Observancia del debido proceso .....	35
2.2.1.2.7. Principio de Publicidad en los procesos.....	35
2.2.1.2.8. Principio de Motivación escrita de las resoluciones judiciales .....	36
2.2.1.2.9. Principio de la Pluralidad de la Instancia.....	37
2.2.1.2.10. Principio de no ser privado del derecho de defensa.....	37
2.2.1.2.11. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.....	38
2.2.1.2.12. Principios de la función jurisdiccional.....	38
2.2.1.2.13. Principios aplicables en el ejercicio de la jurisdicción .....	39
<b>2.2.1.3 Competencia.....</b>	<b>42</b>
2.2.1.3.1 Conceptos .....	42
2.2.1.3.2 Determinación de la competencia en el proceso en estudio .....	43
2.2.1.3.3 Caracteres de la competencia: .....	49
2.2.1.3.3.1. La Competencia por la Materia.....	50
2.2.1.3.3.2. La Competencia por el Valor.....	51
2.2.1.3.4 Determinación de la competencia en el proceso judicial en estudio .....	51
<b>2.2.1.4 Pretensión .....</b>	<b>52</b>
2.2.1.4.1 Elemento de la pretensión: .....	52
2.2.1.4.2 Características de las pretensiones .....	53
2.2.1.4.3 Finalidad de la pretensión .....	54
2.2.1.4.4 Objeto de la pretensión.....	55

2.2.1.4.5 Partes de la Pretensión.....	56
2.2.1.4.6 La Causa de la Pretensión .....	57
2.2.1.4.7 Diferencia entre la Pretensión y la Acción.....	58
2.2.1.4.8 Clases.....	58
2.2.1.4.8.1 Pretensión Material. ....	59
2.2.1.4.8.2 Pretensión Procesal.. ....	60
<b>2.2.1.5 El Proceso .....</b>	<b>60</b>
2.2.1.5.1 Concepto.....	62
2.2.1.5.2 Funciones.....	62
2.2.1.5.3 El proceso como garantía constitucional .....	63
2.2.1.5.4 El debido proceso formal .....	64
2.2.1.5.5 Noción de debido proceso:.....	65
2.2.1.5.6 Elementos del debido proceso.....	68
<b>2.2.1.6 El Proceso Civil.....</b>	<b>71</b>
2.2.1.6.1 El Proceso Civil en el Perú y en Latinoamérica .....	71
2.2.1.6.2 El Proceso de Conocimiento .....	75
2.2.1.6.3 Características del proceso de conocimiento .....	76
2.2.1.6.4 Los Presupuestos Procesales .....	78
2.2.1.6.4.1 Concepto de Parte Procesal. ....	78
2.2.1.6.4.2 Capacidad para ser Parte. ....	82
2.2.1.6.4.3 Capacidad Procesal.....	86
2.2.1.6.4.4.El objeto del proceso.....	89
2.2.1.6.5. Finalidad del proceso civil.....	91
<b>2.2.1.7 Los Puntos Controvertidos en el Proceso Civil .....</b>	<b>91</b>

2.2.1.7.1 Los puntos controvertidos y el código procesal civil peruano .....	92
2.2.1.7.2 Nociones .....	94
2.2.1.7.3 Los puntos controvertidos en el proceso judicial en estudio. ....	94
<b>2.2.1.8 La Prueba .....</b>	<b>95</b>
2.2.1.8.1 Objeto de la prueba.....	100
2.2.1.8.2 Carga de la prueba .....	101
2.2.1.8.3 Procedimiento Probatorio.....	102
2.2.1.8.4 En sentido común. ....	102
2.2.1.8.5 En sentido jurídico procesal. ....	103
2.2.1.8.6 Introducción respecto a Prueba .....	103
2.2.1.8.7 Derecho probatorio.....	104
2.2.1.8.8 Finalidad .....	105
2.2.1.8.9 Valoración de la prueba .....	107
2.2.1.8.9.1. Sistemas de valoración.....	107
2.2.1.8.9.2. Sistema de íntima convicción. ....	108
2.2.1.8.9.3. Sistema de la sana crítica racional. ....	109
2.2.1.8.9.4. La carga de la prueba .....	109
<b>2.2.1.9 Concepto de prueba para el Juez.....</b>	<b>111</b>
2.2.1.9.1 El principio de la carga de la prueba. ....	111
2.2.1.9.2 Valoración y apreciación de la prueba. ....	112
2.2.1.9.3 Las pruebas actuadas en el proceso judicial en estudio .....	114
2.2.1.9.4 Doctrina Jurídica de la Prueba .....	116
2.2.1.9.5 Concepto de prueba según la legislación procesal civil .....	118
<b>2.2.1.10. La Tacha .....</b>	<b>119</b>

2.2.1.10.1 Documentos de la Tacha.....	119
<b>2.2.1.11. Las Resoluciones Judiciales .....</b>	<b>122</b>
2.2.1.11.1. Clases de resoluciones judiciales .....	122
2.2.1.11.2. La sentencia .....	123
2.2.1.11.3. Conceptos .....	123
2.2.1.11.4. La sentencia: su estructura, denominaciones y contenido .....	124
2.2.1.11.5. La motivación de la sentencia.....	125
2.2.1.11.6. Exigencias para una adecuada justificación.....	126
2.2.1.11.7. Principios relevantes en el contenido de la sentencia .....	127
<b>2.2.1.12 La Consulta .....</b>	<b>128</b>
2.2.1.12.1 La consulta en el proceso de divorcio en estudio .....	128
2.2.1.12.2 Efectos de la consulta en el proceso judicial en estudio .....	129
<b>2.2.2 Desarrollo de Instituciones Jurídicas Sustantivas relacionado con la sentencia en estudio. ....</b>	<b>129</b>
2.2.2.1 Identificación de la pretensión resulta en la sentencia.....	129
2.2.2.2 Desarrollo de instituciones jurídicas previas, para abordar el .....	130
<b>2.2.2.3 El Matrimonio.....</b>	<b>130</b>
2.2.2.3.1 Características del Matrimonio.....	131
2.2.2.3.2 Efectos del matrimonio .....	131
2.2.2.3.3 Efectos del divorcio.....	132
2.2.2.3.4. Separación de cuerpos o Divorcio por causal .....	132
2.2.2.3.5 El Ministerio Público en el proceso de divorcio por causal .....	133
<b>2.2.2.4 El Divorcio.....</b>	<b>136</b>
2.2.2.4.1. El divorcio en el proceso de conocimiento .....	138

2.2.2.4.2. La Separación de Hecho como causal de divorcio .....	139
2.2.2.4.3. El Divorcio, Separación de cuerpos o Divorcio por causal .....	140
2.2.2.4.4 La causal .....	140
2.2.2.4.5. Fenecimiento de la sociedad de gananciales.....	143
2.2.2.4.5.1. Por invalidación del matrimonio.....	144
2.2.2.4.5.2. Por separación de cuerpos.....	145
2.2.2.4.5.3. Por divorcio.....	146
2.2.2.4.5.4. Por declaración de ausencia. ....	147
2.2.2.4.5.5. Por muerte de uno de los cónyuges.. ....	147
2.2.2.4.5.6. Por cambio de régimen patrimonial.....	148
2.2.2.4.6. Acción fundada en adulterio .....	151
2.2.2.4.6.1. Provocación del hecho. ....	151
2.2.2.4.6.2. Consentimiento del hecho.....	152
2.2.2.4.6.3. Perdón del adulterio.....	152
2.2.2.4.6.4. Alcances. ....	153
<b>2.2.2.5 Régimen de la Patria Potestad y de los Alimentos .....</b>	<b>153</b>
2.2.2.5.1. Consideraciones generales en torno a la separación de hecho.....	154
2.2.2.5.1.1. La obligación de pago de los alimentos.....	155
2.2.2.5.1.2. La indemnización de los daños y perjuicios. ....	157
2.2.2.5.2 Ejercicio de la patria potestad .....	160
2.2.2.5.2.1. Premisa.....	161
2.2.2.5.2.2. De la patria potestad. ....	161
2.2.2.5.2.3. Suspensión de la patria potestad. ....	161
2.2.2.5.2.4. Conclusión de la Patria Potestad.....	162

2.2.2.5.3. Plazo de Conversión.....	163
2.2.2.5.3.1. Tramitación y Aplicación Supletoria.....	163
2.2.2.5.3.2. Disposiciones Complementarias y Transitorias..	165
2.2.2.5.4. Presunción del régimen de sociedad de gananciales.....	166
2.2.2.5.4.1. Régimen de separación de patrimonios. ....	167
2.2.2.5.4.2. Separación de bienes por mandato judicial o por imperio de la ley. ...	167
2.2.2.5.4.3. Sustitución de pleno derecho del régimen patrimonial.....	167
2.2.2.5.4.4. Clasificación de los bienes .....	168
2.2.2.5.4.5. Bienes Propios.....	168
<b>2.3. Marco Teórico Conceptual .....</b>	<b>170</b>
<b>III. Hipótesis.....</b>	<b>174</b>
<b>IV. Metodología .....</b>	<b>175</b>
4.1. Tipo y nivel de investigación .....	175
4.1.1. Tipo de investigación: cualitativo .....	176
4.1.2. Nivel de investigación: exploratorio – descriptivo .....	176
4.2. Diseño de investigación: no experimental, transversal, retrospectivo.....	178
4.3. Objeto de estudio y variable en estudio .....	179
4.4. Fuente de recolección de datos. ....	180
4.5. Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos. ....	180
4.5.1. La primera etapa: abierta y exploratoria..	180
4.5.2. La segunda etapa: más sistematizada. ....	180
4.5.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático. ....	181
4.6. Matriz de Consistencia.....	181
4.7. Población y Muestra .....	184

4.7.1. Población .....	184
4.7.2. Muestra .....	184
4.8. Consideraciones éticas .....	184
4.9. Rigor científico.....	184
<b>V. Resultados .....</b>	<b>186</b>
5.1. Resultados.....	186
5.2. Análisis de los resultados .....	223
<b>VI. Conclusiones .....</b>	<b>230</b>
6.1 Conclusiones.....	230
6.2. Recomendaciones .....	235
<b>Referencias Bibliográficas .....</b>	<b>237</b>
<b>ANEXO 1 .....</b>	<b>246</b>
<b>ANEXO 2 .....</b>	<b>251</b>
<b>ANEXO 3 .....</b>	<b>261</b>
<b>ANEXO 4.....</b>	<b>262</b>

## ÍNDICE DE CUADROS DE RESULTADOS

	Pág.
<b>Resultado parcial de la sentencia de primera instancia</b>	
Cuadro 1: Calidad de la parte expositiva .....	186
Cuadro 2: Calidad de la parte considerativa .....	193
Cuadro 3: Calidad de la parte resolutive .....	203
<b>Resultado parcial de la sentencia de segunda instancia</b>	
Cuadro 4: Calidad de la parte expositiva .....	206
Cuadro 5: Calidad de la parte considerativa .....	209
Cuadro 6: Calidad de la parte resolutive .....	216
<b>Resultado consolidado de las sentencias en estudio</b>	
Cuadro 7: Calidad de la sentencia de primera instancia .....	219
Cuadro 8: Calidad de la sentencia de segunda instancia.....	221



## **I. Introducción**

### **Calidad del problema**

La búsqueda de conocimientos sobre la calidad de las sentencias de un proceso judicial específico motivó observar el contexto temporal y espacial del cual emerge, porque en términos reales las sentencias se constituyen en un producto de la actividad del hombre que obra a nombre y en representación del Estado.

### **En el ámbito internacional:**

En España, según Burgos (2010), el principal problema, es la demora de los procesos, la decisión tardía de los órganos jurisdiccionales y la deficiente calidad de muchas resoluciones judiciales.

Asimismo, en América Latina, según Rico y Salas (s.f.) que investigaron “La Administración de Justicia en América Latina”, para el Centro de la Administración de justicia de la Universidad Internacional de la Florida (CAJ/FIU), se reportó que: la administración de justicia cumplió un rol importante en el proceso de democratización de la década de los 80, y que en los países del sector existen problemas de carácter normativo; social; económico, y político, similares.

En lo normativo hallaron: a) Tendencias a copiar modelos foráneos con escasa o ninguna referencia de las realidades sociales y económicas donde se aplica. b) No hay coordinación entre las instituciones reguladoras, de ahí que existan normas contradictorias; porque el Poder Legislativo no es el único organismo con potestad para legislar.

En lo socio económico hallaron. a) Crecimiento rápido de la población. b)

Desplazamiento de las zonas rurales hacia las zonas urbanas. c) Incremento considerable de la criminalidad. d) Gran demanda de solución de conflictos en el sistema judicial generando sobrecarga procesal, y en la población, aumento del sentimiento de inseguridad frente al delito e insatisfacción ante el sistema, que es incapaz de garantizar la seguridad pública.

En lo político sostienen: que la criminalidad generó rigor en su represión; y citan como ejemplo el autogolpe de Fujimori en 1992, que estuvo basado en el incremento de la delincuencia y la incapacidad de las autoridades políticas para frenarlo.

En asuntos de derechos humanos afirman: que hubo significativas mejoras; pero el proceso de democratización no consiguió su total respeto; porque aún existían violación de derechos humanos en diversos países del sector.

Respecto al cumplimiento del Principio de Independencia Judicial expusieron, que, aún es un tema en tela de juicio, debido a la injerencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial. Que, aun existían diversas presiones y amenazas sobre las autoridades judiciales en casi todos los países del ámbito.

En asuntos de acceso al sistema de justicia hallaron, que todavía habían ciudadanos que no conocían la legislación vigente en su país, mucho menos el significado de los procedimientos legales interpuestos en su contra, sobre todo en materia penal; porque no hay información sistemática y permanente; mucho menos sencillez y claridad en la legislación; subsistiendo, el analfabetismo en algunos países, donde sus habitantes no hablan español ni portugués.

Respecto a los jueces encontraron, que en algunos países el número no era suficiente para la población; que la localización geográfica de oficinas de las instituciones que conforman el sistema: Policía, Ministerio Público, y Órganos Jurisdiccionales, limitaban el acceso de gran parte de la población, sobre todo en zonas rurales donde la ubicación de las viviendas eran dispersas y los caminos intransitables en épocas de lluvias, como es el caso del Perú. Que, existían horarios limitados de los principales organismos, ausencia generalizada de los servicios de turno; costo elevado de los procedimientos judiciales, etc., que impedían recurrir al sistema de justicia. También, influencia política; compadrazgo; relaciones de amistad; ausencia de mecanismos eficaces de control, y la corrupción, denominada en México y Argentina “la mordida”, y en el Perú “coima”.

En cuestiones de eficiencia, la medición en términos de costo/beneficio, de los servicios ofrecidos por la administración de justicia; era una ardua y compleja labor, por su carácter especial y difícil de cuantificar los principios que componen el Sistema Justicia como son: el Principio de Equidad y Justicia.

Otros graves hallazgos en el sistema de justicia, que denominaron “obstáculos”, fueron: la deficiente cantidad de recursos materiales en el sector, que no experimentan incrementos proporcionales; amenazando ser peor, con el previsible incremento de demandas judiciales; como consecuencia del proceso de democratización, de los que se desprenden temas como: violación de garantías fundamentales del procesado, degradación de la legitimidad de los órganos jurisdiccionales, incumplimiento de plazos

procesales y duración, cada vez mayor de los procesos.

En Colombia, según Carreño (2003), uno de los principales problemas radica en, que la mayoría de sus funcionarios están dedicados al cobro judicial y preferentemente a juicios hipotecarios; es decir, trabajan para el sistema financiero; los tramites son excesivamente formalistas y demorados, allí solo pueden acudir los que tienen recursos económicos para poder pagar un abogado. Agrega, que ésta situación contribuye a que los ciudadanos no crean en la justicia y que la justicia quede en manos privadas que finalmente ejercen justicia por su propia mano y como venganza.

Por su parte, en Venezuela según Bolívar (s.f.) la justicia ya no se reconoce como un servicio, que el justiciable no se observa como un sujeto de derechos, porque, aunque se tenga un Poder Judicial, se ha empezado a extender la tendencia de utilizar un lenguaje mercantilista. Él sostiene que: esta es una distinción que es importante hacer. Si la justicia es un servicio, entonces, quienes trabajan en ella son operadores de la justicia; es decir, simples ejecutores o simples instrumentos al servicio de un sistema carente de autonomía y sin capacidad propia de pensamiento, sin posibilidad de generar respuestas creativas, vinculadas a los cambios de nuestras sociedades.

#### **En relación con el Perú:**

En los últimos años se observaron niveles de desconfianza social y debilidad institucional de la administración de justicia; alejamiento de la población del sistema; altos índices de corrupción, y una relación directa entre la justicia y el poder, con efectos negativos. También, se reconoce que el sistema de justicia pertenece a un “viejo orden”, corrupto en general, y con serios

obstáculos para el ejercicio real de la ciudadanía por parte de las personas (Pásara, 2010).

Asimismo, según Proetica (2010), basada en la encuesta realizada por IPSOS Apoyo, la mitad de la población peruana (51%) expone, que el principal problema que afronta el país, es la corrupción; que lejos de disminuir aumenta, que a su vez, es un freno para el desarrollo del Perú.

Esta situación, permite afirmar que la administración de justicia se materializa, en un contexto complejo, tal es así; que en 1999, Eguren, expuso: para nadie es un secreto que la mayoría de los peruanos no confían en el sistema judicial; que están decepcionados de la administración de justicia, que se ha interiorizado la impresión de que el Poder Judicial es un reducto en el que todavía subsisten ritos y prácticas anacrónicas, donde el “formalismo” tiende dramáticamente a prevalecer sobre la misión de hacer justicia.

En relación a lo expuesto, se observa que, el Estado peruano, realiza diversas actividades orientadas a mitigar ésta problemática, conforme se evidencia en: El Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia en el Perú, que involucra al Ministerio de Economía, el Banco Mundial, y el Concejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante el cual se busca revertir, el estado que atraviesa la administración de justicia en el Perú, se han trazado metas en determinados componentes; tales como: En el mejoramiento de servicios de justicia; busca mejorar los servicios de justicia que brinda el Poder Judicial, orientada a fortalecer la capacidad institucional y lograr mejoras específicas en el suministro de servicio de justicia en las Cortes Superiores y Especialidades Seleccionadas. En asuntos de recursos humanos, hay

actividades orientadas a: optimizar el desempeño de los recursos humanos del sector justicia a través de la internalización de una filosofía de trabajo inspirada en nuevos valores institucionales que coadyuve a mejorar las relaciones interpersonales, el clima laboral las competencias del personal, y fundamentalmente la vocación de servicio a la comunidad, que implica un proceso de articulación de esfuerzos entre el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura, para tener una visión unívoca en los nuevos perfiles y desarrollo de competencias necesarias de los cargos claves del personal jurisdiccional. En el tema mejoramiento de los servicios de Justicia, pretende: mejorar los servicios de justicia, a través de una entrega eficiente y oportuna de los servicios que brinda el Poder Judicial, para esto se apoya en fortalecer la capacidad institucional y lograr mejoras específicas en el suministro de servicios de justicia en las Cortes Superiores y Especialidades Seleccionadas, en el marco de una operación piloto.

En el componente acceso a la Justicia, busca: desarrollar una estrategia en la lucha contra la corrupción, capacitando a los magistrados y funcionarios de la OCMA, mejorando la reglamentación vigente, difundiendo su labor y modernizando su equipamiento. En síntesis: Busca mejorar el acceso de los ciudadanos de menores recursos a la justicia, fortaleciendo los servicios de ayuda legal y conciliación en materia de familia, promoviendo campañas participativas y alianzas estratégicas con la sociedad civil y fortaleciendo la justicia de paz y los juzgados de familia; entre otros.

Otra evidencia que se perfiló a mejorar, el tema de las decisiones judiciales, es la publicación del Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales (León, 2008) bajo la dirección de la Academia de la Magistratura (AMAG), éste documento fue elaborado por un experto en la materia y en su contenido se brinda orientaciones para elaborar una sentencia.

Lo expuesto, revela que el Estado peruano, sí bien ha efectuado medidas dirigidas a afrontar la problemática que comprende a la administración de justicia; sin embargo garantizar una administración de justicia, aún requiere continuar con la creación y prácticas estratégicas y sostenibles, capaces de revertir o mitigar sustancialmente el estado de las cosas en materia de administración de justicia en el Perú; porque desde antiguo y actualmente, aún se ciernen opiniones desfavorables respecto a ésta labor estatal.

También, Guerrero (s/f) señala que “dentro del tema de los problemas por los que atraviesa la Administración de Justicia en el Perú, es justo mencionar que éste fue siempre un tema que ocupó y preocupó desde hace muchos años a distintos juristas especializados en materia constitucional”

**En el ámbito local:**

Según ProJusticia (2014), a través de su equipo, muestra un informe con los aparentes actos de corrupción en la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Piura, refiriéndose dicho informe a que las referencias negativas sobre los actos de corrupción se remontan a varios años atrás, lo que denota en la falta de confianza en el sistema de justicia local.

De acuerdo los medios de comunicación, existe críticas al accionar de jueces y fiscales, lo cual expresó el Presidente del Colectivo por la Sociedad Civil –

REMA, conforme se difundió en la prensa escrita. Por su parte, desde la perspectiva de los Colegios de Abogados, también, hay actividades orientadas a evaluar la actividad jurisdiccional, denominados referéndums, cuyos resultados dan cuenta, que algunos magistrados cumplen su labor, dentro de las expectativas de los profesionales del derecho; pero también, hay quienes no alcanzan la aprobación de ésta consulta, cabe precisar que el referéndum comprende a jueces y fiscales, de un determinado distrito judicial; sin embargo es poco sabido cuál es la finalidad, y mucho menos la utilidad de estos hallazgos; puesto que, se publican los resultados, pero no se sabe de su aplicación. Implicancia práctica en el contexto que ocupa a la presente investigación.

Por su parte, en el ámbito universitario los hechos expuestos, sirvieron de base para la formulación de la línea de investigación de la carrera de derecho que se denominó “Análisis de Sentencias de Procesos Culminados en los Distritos Judiciales del Perú, en Función de la Mejora Continua de la Calidad de las Decisiones Judiciales”.

Es así, que en el marco de ejecución de la línea de investigación referida, cada estudiante, en concordancia con otros lineamientos internos, elaboran proyectos e informes de investigación, cuyos resultados tienen como base documental un expediente judicial, tomando como objeto de estudio a las sentencias emitidas en un proceso judicial específico; el propósito es, determinar su calidad ceñida a las exigencias de forma; asegurando de esta manera, la no intromisión, en el fondo de las decisiones judiciales, no sólo por las limitaciones y dificultades que probablemente surgirían; sino también,



por la naturaleza compleja de su contenido, conforme afirma Pásara (2003), pero que se debe realizar, porque existen muy pocos estudios acerca de la calidad de las sentencias judiciales; no obstante ser una tarea pendiente y útil, en los procesos de reforma judicial.

Por lo expuesto, se seleccionó el expediente judicial N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, perteneciente al Segundo Juzgado de Familia de la ciudad de Cañete, del Distrito Judicial de Cañete, que comprende un proceso sobre divorcio por causal de separación de hecho; donde se observó que la sentencia de primera instancia declaró fundada en parte la demanda; sin embargo al no haber sido apelada se elevó en consulta, como dispone la ley en estos casos, lo que motivó la expedición de una sentencia de segunda instancia, donde se resolvió fundada en parte la demanda.

Además, en términos de plazos se trata de un proceso judicial que desde la fecha de formulación de la demanda que fue el quince de mayo del dos mil catorce, a la fecha de expedición de la sentencia de segunda instancia.

Finalmente, el estudio se torna importante, a pesar de las limitaciones encontradas, que se inició con una aparente negativa para acceder a las sentencias, peor al expediente; a pesar de que la función jurisdiccional se ejerce a nombre de la Nación; y que el acto de analizar y criticar las resoluciones judiciales, es un derecho atribuido a toda persona, de acuerdo a la norma del artículo 139 inciso 20 de la Constitución de 1993. Por eso, los resultados están dirigidos a los jueces, para que agreguen a los hallazgos, su experiencia y conocimiento, asegurando la mitigación de la desconfianza social.

La Tesis del abogado Alejandro Montero Casas (2018) cuyo objetivo fue el determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre, Divorcio por la causal de separación de hecho, según los parámetros normativos doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, recaída en el expediente N°13397-2011-0-1801-JR-CI-08 del Distrito Judicial de Lima – Lima 2018, siendo los resultados “revelaron que la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive, pertenecientes a: las sentencias de primera instancia fueron de rango: muy alta, muy alta y muy alta; y de la sentencia de segunda instancia: alta, muy alta y muy alta. Se concluyó, que la calidad de las sentencias de primera y de segunda instancia, fueron de rango muy alta respectivamente”.

La Tesis del abogado José Quintana Vásquez (2018), en el que su investigación tuvo como: objeto general determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente judicial N° 974-2014-0-1706-JR-FC-02 del distrito judicial de Lambayeque – Chiclayo 2018. Es de tipo cualitativo, nivel exploratorio descriptivo y diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La recolección de datos se realizó, de un expediente seleccionado mediante muestreo por conveniencia, utilizando las técnicas de la observación y en análisis de contenido, y una lista de cotejo, valido mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la calidad de parte expositiva, considerativa y resolutive pertenecientes a la sentencia de primera instancia fueron: muy alta, muy alta y muy alta; y la sentencia de

segunda instancia: muy alta, muy alta y muy alta. Se concluyó, que la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia fueron de rango muy alta respectivamente.

Por lo anteriormente expresado, de las descripciones realizadas, surgió el siguiente enunciado, la misma que es el problema general del presente trabajo de investigación:

¿Cuál es la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente judicial N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del Distrito Judicial, Cañete 2020?

Para dar respuesta al problema se propuso como objetivo general:

### **Objetivo general**

Determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del distrito judicial de Cañete; 2020.

De la misma manera, para alcanzar el objetivo general se trazó objetivos específicos.

### **Objetivos Específicos**

Respecto a la sentencia de primera instancia:

1. Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la introducción y la postura de la parte.
2. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia con énfasis en la motivación de los hechos y del derecho.

3. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.

Respecto de la sentencia de segunda instancia:

1- Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia con énfasis en la introducción y la postura de las partes.

2. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la motivación de los hechos y del derecho.

3. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.

El presente trabajo de investigación se justifica, porque surge de la observación realizada en el ámbito internacional, nacional, donde la administración de justicia en el Perú es vista como un órgano en crisis, asimismo, que por consenso ciudadano se obtiene que existe ineficacia en la administración de justicia, el cual tanto el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Consejo Nacional de la Magistratura [disuelta actualmente, asumido sus funciones la Junta Nacional de Justicia] no funcionan en la medida de lo deseado y socialmente necesario, dejándose influenciar por presiones políticas y económicas. A su vez, la investigación es de interés comunitario y profesional ya que permitirá a la población en general, poder observar de forma clara, precisa y estructurada las decisiones elaboradas por nuestro órgano jurisdiccional encargado constitucionalmente de administrar justicia, a fin de observar si la misma cumple con los

parámetros doctrinarios, normativos y jurisprudenciales exigidos.

Respecto a la Metodología de investigación que se ha realizado y/o ejecutado a fin de determinar la calidad de sentencias de primera y segunda instancia del expediente judicial N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, se aplicó la interpretación del análisis de contenido de las mismas, siendo una investigación de tipo cualitativa, de diseño no experimental a nivel explorativo, retrospectivo transversal. Los resultados de la presente investigación revelaron que la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive de la sentencia de primera instancia, es de rango muy alta; y a la sentencia de segunda instancia, fue de rango muy alta.

## **II. Revisión de la Literatura**

### **2.1 Antecedentes**

González, J. (2006), en Chile, investigo: “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica, y sus conclusiones fueron: a) La sana crítica en el ordenamiento jurídico Chileno, ha pasado de ser un sistema residual de valoración de la prueba a uno que se ha abierto paso en muchas e importantes materias, y; que, seguramente pasará a ser la regla general cuando se apruebe el nuevo Código Procesal Civil. b) Que, sus elementos esenciales son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y la fundamentación de las decisiones. c) La forma en que la sana crítica se ha empleado por los tribunales no puede continuar ya que desgraciadamente muchos jueces amparados en este sistema no cumplen con su deber ineludible de fundamentar adecuadamente sus sentencias. Las consecuencias de esta práctica socavan el sistema judicial mismo desde que,

entre otros aspectos, no prestigia a los jueces, estos se ven más expuestos a la crítica interesada y fácil de la parte perdedora y, además, muchas veces produce la indefensión de las partes pues estas no sabrán cómo fundamentar sus recursos ante instancias superiores al no conocer los razonamientos del sentenciador”.

Sarango, H. (2008), en Ecuador; investigó: “El debido proceso y el principio de la motivación de las resoluciones/sentencias judiciales; en éste trabajo, en base a resoluciones expedidas en causas ciertas, el autor sostiene que: a) Es evidente que ni el debido proceso ni las garantías fundamentales relacionadas con los derechos humanos carecen de efectividad y de aplicación práctica por lo que, necesariamente, deben ser acatados y respetados por todos, de lo contrario se estaría violentando las garantías fundamentales que consagra el Código Político. b) Las constituciones, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la legislación secundaria y las declaraciones y las resoluciones internacionales sobre derechos humanos reconocen un amplio catálogo de garantías del debido proceso, cuyos titulares tienen a su disponibilidad —demandante y demandado— para invocar su aplicación en todo tipo de procedimientos en que se deba decidir sobre la protección de sus derechos y libertades fundamentales. c) El debido proceso legal —judicial y administrativo— está reconocido en el derecho interno e internacional como una garantía fundamental para asegurar la protección de los derechos fundamentales, en toda circunstancia. d) Los Estados están obligados, al amparo de los derechos humanos y el derecho constitucional, a garantizar el debido proceso legal en toda circunstancia, y respeto de toda persona, sin

excepciones, independientemente de la materia de que se trate, ya sea ésta de carácter constitucional, penal, civil, de familia, laboral, mercantil o de otra índole, lo cual implica el aseguramiento y la vigencia efectiva de los principios jurídicos que informan el debido proceso y las garantías fundamentales, a fin de garantizar la protección debida a los derechos y libertades de las partes, y no limitarlos más allá de lo estrictamente necesario y permitido por la ley. e) El desafío actual constituye, en definitiva, la apropiación de la cultura del debido proceso por parte de los operadores judiciales, y su puesta en práctica en todos los procesos, con el fin de que ello se refleje en una actuación judicial ética, independiente e imparcial, apegada a la normatividad constitucional y a la normativa internacional de los derechos humanos. f) La motivación de la sentencia, al obligar al juez a hacer explícito el curso argumental seguido para adoptar determinado razonamiento, es una condición necesaria para la interdicción de la arbitrariedad, posibilitando, por lo ya dicho, la realización plena del principio de inocencia del imputado. Para ello es indispensable el control que actúa como un reaseguro de aquel propósito. g) Motivación y control vienen a convertirse, por ende, en un binomio inseparable. h) Es de vital importancia que en nuestro país la motivación sea una característica general en los fallos de quienes, de una u otra manera, administran justicia y no una excepción, como acontece incluso en los actuales momentos. Cabe resaltar que ha sido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte de 1997 la que mantuvo una teoría doctrinaria respecto de la motivación, tal como se puede observar en los innumerables fallos expedidos por esta Sala. i) Se puede agregar, que es de exigencia y

obligatorio cumplimiento la fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el debido proceso, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones, demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones. Por ello, las resoluciones judiciales, para cumplir con el precepto constitucional requieren de la concurrencia de dos condiciones: por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba; y por otro, es preciso que éstos sean merituados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo. Ambos aspectos deben concurrir simultáneamente para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada, de faltar uno de ellos, no hay fundamentación y la resolución es nula. El desafío actual constituye la apropiación de la cultura del debido proceso por parte de los operadores judiciales y de los poderes públicos y su puesta en práctica de todos los procesos, con el fin de que se refleje en una actuación judicial ética, independiente e imparcial, apegada a la normatividad constitucional y a la normativa internacional de los derechos humanos (...).”

Chamorro (2007), en el Perú, investigó sobre “Divorcio por causal de separación de hecho”, teniendo las siguientes conclusiones:

“La demanda y su emplazamiento, se observa que si no cumple con los requisitos establecidos en el art. 424 del Código Procesal Penal y al no ser formulado el petitorio de forma correcta, por lo que el magistrado



explicara de manera correcta declarando admisible o inadmisibile, con la condición de evitar proceso nulidad en el proceso; la contestación se hace uso de su derecho de contradicción; los plazos procesales se cumplirán de acuerdo ley, por tratarse de un proceso de conocimiento donde los plazos siempre son más prolongados, porque siempre se cuida que las partes obtengan lo que por ley les corresponde; conducta de los sujetos procesales y de sus abogados, las partes procesales dejaran claro que desean separase, dejando que el Poder Judicial resuelva el conflicto que los mantiene en esta contienda; consecuencia Jurídico – Sociales, el divorcio afecta a la familia quedando está en un conflicto, y el problema se extiende a la sociedad cuando el divorcio se generaliza a muchos casos. Entonces la sociedad se llena de hijos y familias alteradas y el ambiente social se deteriora. Por ellos es importante evitar las leyes divorciadas”.

## **2.2 Bases teóricas**

### **2.2.1 Desarrollo de Instituciones Jurídicas Procesales relacionados con las sentencias en estudio**

#### **2.2.1.1 Acción**

Bernal (1997) establece “que la acción es el poder jurídico que tienen las personas para hacer valer la pretensión procesal y que podemos relacionarla con el aforismo jurídico que señala que no hay derecho si no hay acción, ni acción sin derecho, porque un derecho que carece de protección jurídica no sería derecho, pues resulta claro que si alguien se convierte en acreedor como consecuencia de un juego de dados, no tiene protección de ley, pues no tiene acción para hacer valer ese aparente derecho y una acción sin derecho, cuyo amparo se aspira, no tendría significado alguno, aun cuando al final del proceso se deniegue la tutela de la pretensión procesal”.

Bonfante (2002), “en la doctrina, la acción se remonta a los tiempos del Derecho Romano clásico, en donde en un primer momento la Acción es un “*iusersequendi in iudicio*”, equivalente a una potestad jurídica de requerir al tribunal la satisfacción de un crédito o la entrega de una cosa. En un segundo momento, se involucra el derecho a la acción, por lo que la acción es realmente para sus defensores el propio derecho en movimiento. En un tercer momento, que es el actual, la acción se desprende del derecho material y se transforma en un poder jurídico autónomo, en el que la acción como instituto

procesal entra en el sistema del derecho con un significado propio e inconfundible con las otras acepciones. La corriente moderna concibe la acción como un derecho abstracto a la tutela jurídica por el Estado. Por ello concordamos con los autores que afirman la independencia de la acción como instituto procesal del derecho material, de cuya diferenciación deriva la autonomía propia del Derecho Procesal como disciplina jurídica”.

#### ***2.2.1.1.1 Clases de Acciones***

*2.2.1.1.1.1 Acción de condena.* 1. Constituyen los requisitos de existencia de esta acción los siguientes: a) El hecho que la determina es generalmente una pretensión, o acción de Derecho civil; y en cuanto sea susceptible de ejercicio en el proceso civil, puede también ser dicha pretensión de carácter público. Puede darse el caso, sin embargo, de que el hecho no sea una acción o pretensión, sino una relación de responsabilidad, por ejemplo, un derecho a promover la ejecución (es la llamada «pretensión ejecutiva» o «acción ejecutiva»). Así sucede, por ejemplo, en las acciones de garantía real, especialmente la hipotecaria, en el derecho de retención con la facultad de enajenación en el fraude contra los acreedores ( *actio Pauliana* ), en el caso de demanda de un acreedor de la herencia excluido en virtud de procedimiento edictal o que hubiera reclamado la efectividad de su crédito después de cinco años de la apertura de la sucesión, contra el heredero responsable limitadamente que alegue el agotamiento del caudal hereditario; como igualmente en el de demanda de un acreedor de la herencia contra un heredero en las mismas condiciones que el anterior, en el supuesto de imposibilidad de entregar la herencia en administración o de declararla en

concurso por falta de masa de bienes. En todos estos casos, el derecho a la acción no se dirige a conseguir una sentencia para exigir la prestación, sino solamente un fallo por el que se haya de soportar la ejecución forzosa.

La acción por la que se intenta la producción de determinados efectos jurídicos, es, en realidad una acción constitutiva; pero también puede ser una acción encaminada a conseguir una prestación, por ejemplo, cuando se intenta obtener una sentencia que obligue a emitir una determinada declaración de voluntad; así, cuando, siguiendo la teoría del contrato, con respecto a la rescisión, en caso de faltas de la cosa se estima necesario anteponer al petitum de condena a la devolución de lo recibido, otro de condena a acceder a la rescisión, y además, dado que la acción encaminada a obtener la devolución de una cosa no existe en realidad, sino cuando se hace firme la sentencia por la que se producen los efectos jurídicos que se pretendían, puede decirse que dicha demanda de entrega es siempre una demanda de prestación futura.

2.2.1.1.1.2. *Acción Declarativa.* La acción declarativa tiene por objeto obtener la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento.

1). El Derecho común las refiere a la provocatio ex lege Diffamari, mediante la cual el provocante exige de aquel que se ha jactado de poseer un derecho contra él, que le demande, en evitación de la poena perpetui silentii (es decir, de la pérdida de la acción), lo que constituye ya una acción declarativa negativa también se acoge a la provocatio ex lege si contendat, mediante la cual el cofiador requiere al acreedor a que dirija contra él la demanda, lo más pronto posible, a fin de poder asegurarse la capacidad de pago de los demás

cofiadores, y, con ello, la exceptio divisionis .

2. Los presupuestos de esta acción son los siguientes:

El papel que desempeñen las partes en la acción declarativa negativa, o en la encaminada a la declaración de falsedad de un documento, no modifica en nada el reparto de la prueba: con arreglo, incumbe al demandado probar la autenticidad de este. En lo relativo a la presentación del documento, las disposiciones contenidas en el, aunque se trata de una prueba de inspección judicial, han de aplicarse —a mi juicio, en estos casos. En caso de duda, se determina la susceptibilidad de una relación jurídica para poder ser objeto de protección judicial mediante acción declarativa, atendiendo a si la petición tiene su fundamento jurídico en el interés del acreedor en obtener una pronta declaración judicial exige expresamente la existencia de una necesidad de protección jurídica, cuando habla de un «interés jurídico de obtener una rápida declaración».

2.2.1.1.1.3. *Acción Constitutiva.* La acción constitutiva tiene por objeto obtener la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho por sentencia judicial. 1. El Derecho romano conoció este tipo de acción, a través principalmente de las acciones divisorias núm. 1. Los presupuestos de esta acción son los siguientes: a) El supuesto de hecho es una relación jurídica de carácter privado (p. ej., arrendamiento, sociedad mercantil, matrimonio, determinado régimen matrimonial de bienes, derecho hereditario), a veces, excepcionalmente, una relación jurídica de carácter público y aun la existencia de una persona jurídica y su estatuto. Las acciones para ejecutar el derecho a ciertos recursos, que muchas veces se conciben

como «acciones constitutivas de carácter procesal», no son más que simples recursos con forma de acciones. Claro está que todo recurso que prospera produce un efecto procesal constitutivo; pero esto sucede igualmente con cualquier sentencia en relación a los efectos de su declaración, y especialmente en las sentencias condenatorias, con respecto a sus efectos ejecutivos, lo cual produciría el resultado de afirmar que todas las acciones tienen carácter constitutivo, con lo que se desvaloriza el concepto. b) El supuesto de hecho indicado es capaz de producir una acción constitutiva cuando existe un adecuado fundamento para la constitución que se pretende. c) Se entiende que existe necesidad de tutela jurídica a otorgar por virtud de la acción constitutiva, cuando la Constitución que se pretende no puede lograrse más que por sentencia judicial. No existe, por consiguiente, cuando el interesado puede lograrla por sí mismo, es decir, cuando posee un derecho constitutivo de carácter privado. De aquí se deduce la inexactitud de la teoría que pretende que el hecho que da origen a la acción constitutiva es un derecho constitutivo de carácter privado.

Ambos términos se excluyen mutuamente; y no influye en nada la circunstancia de que demasiado frecuentemente existan muy cerca unos de otros los fundamentos de hecho del derecho constitutivo, y los de la acción constitutiva. Así, por ejemplo, existe un derecho a privar de la facultad de administrar un negocio, o del poder de representación; e igualmente, de procurar la separación de un socio, o la disolución de una sociedad, en las de carácter civil, mientras que en las sociedades colectivas mercantiles solamente existe un derecho a obtener la correspondiente sentencia judicial en

los mismos rasos. La comunidad conyugal de bienes prorrogada puede ser disuelta por el cónyuge superviviente en cualquier tiempo, mediante declaración ante el Tribunal que entiende en la sucesión; pero sólo puede ser disuelta por sentencia judicial en ciertos casos determinados y a petición de un descendiente que participe en ella. El derecho a exigir un legado, sólo puede impugnarse por razones de indignidad, mediante reclamación del perjudicado, mientras que la adquisición de la herencia sólo puede impugnarse mediante interposición de una demanda.

El contrato de arrendamiento puede ser rescindido por el arrendador (fuera de lo determinado en la Ley de protección del inquilinato) pero si se invoca esta Ley y el arrendatario se opone a la disolución, solamente puede lograrse por el arrendador en virtud de sentencia judicial, después de haber interpuesto la demanda pertinente. Los motivos que determinan el debilitamiento del derecho constitutivo hasta provocar una acción constitutiva, son ya consideraciones de seguridad jurídica, ya el carácter limitado del derecho, ya la escasez de viviendas. Sólo en los casos del interesado tiene la posibilidad de elegir entre fijar el plazo por sí mismo, o exigir que se determine mediante sentencia judicial. 3. El contenido de la acción constitutiva es obtener una sentencia de la misma clase. Tal sentencia contiene: a) Una declaración de existir el derecho a la acción constitutiva (derecho a exigir la constitución judicial de una situación jurídica). b) Un acto constitutivo de carácter judicial, vinculado en sus efectos a los de fuerza de cosa juzgada formal de la sentencia, es decir, un acto por el que se constituye, modifica o extingue una relación de derecho.

Quien considere como fundamento de hecho de la acción constitutiva un derecho constitutivo de carácter privado, no puede ver en esta sentencia otra cosa que un acto de ejecución (Hellwig) o un «segundo» acto constitutivo situado junto al primero, y que encuentra su base en la demanda (a esto se llama constitución por «doble hecho»; en este sentido, Seckel ). Abona este segundo punto de vista la consideración de que, según, se atribuye eficacia constitutiva a la demanda de impugnación de la validez del matrimonio, cuando éste se disuelve durante el proceso de impugnación; sólo que este efecto no le corresponde a la demanda de impugnación del matrimonio como tal demanda, es decir, en relación con la sentencia, sino como un negocio jurídico-privado eventual, autónomo, involucrado en ella para el caso de que se disuelva el matrimonio.

Contra la teoría de la constitución por «doble fundamento de hecho», abona la consideración de que, según ella, la sentencia constitutiva deja de surtir efectos si el demandante, en el tiempo comprendido entre el último debate oral y la fecha en que la sentencia se hace firme, se opone a la supuesta declaración de constitución contenida siempre en la demanda. Pero esta consecuencia no se compagina con los fines que persigue el legislador [cfr. supra, 2. e) cuando priva al interesado de la facultad de realizar la constitución y la confiere al juez. El acto constitutivo del juez puede tener efectos ex nunc (p. ej., divorcio) o ex tunc (p. ej., nulidad del matrimonio).

*2.2.1.1.1.4. Acción de Mandamiento.* La acción de mandamiento se encamina a obtener un mandato dirigido a otro órgano del Estado, por medio de la sentencia judicial. 1. La acción de condena es ya una acción de

mandamiento, puesto que en cuanto título ejecutivo contiene en sí también un mandato dirigido al órgano de ejecución, para que lleve ésta a efecto. Pero esta circunstancia se explica sólo por el hecho de que la «condena» del proceso moderno ha sobrepasado los efectos privados de la *condemnatio* del proceso romano, bajo el influjo de las concepciones jurídicas alemanas. Aun cuando no en la medida del Derecho procesal francés o del angloamericano, el Derecho procesal alemán conoce, además, otras acciones de mandamiento. Esta cuarta clase de acción, así calificada por Kuttner; está aún pendiente de investigación científica.

El contenido típico de la acción de mandamiento, es decir, el mandamiento que se pronuncia en la sentencia se diferencia de todos los demás contenidos posibles de sentencias:

- a) El mandamiento no es una mera declaración, pues es susceptible de ejecución.
- b) El mandamiento no tiene tampoco una virtualidad constitutiva, sino que exige ejecución, que puede obtener incluso en calidad de ejecución provisional. La ejecución se lleva a cabo a instancia del litigante vencedor, mediante acto oficial de la autoridad competente, con cuya realización se estima conseguido el resultado material o jurídico a cuya obtención tendía la sentencia de mandamiento. Si se concibiera la acción de mandamiento como una «acción procesal constitutiva», entonces sería una redundancia esta concepción, por cuanto que toda sentencia contiene una disposición constitutiva procesal, o se trataría de una concepción errónea, según lo que queda dicho.
- c) El mandamiento no es tampoco un mero título ejecutivo,



como la sentencia condenatoria, y cuando se designan los «efectos reales» de la sentencia de mandamiento con el nombre genérico de «ejecutoriedad en sentido amplio», se desconocen con ello sus caracteres peculiares y sus verdaderos efectos.

#### ***2.2.1.1.2. Características del derecho de acción***

Las características de la acción, las podemos enunciar así:

“La acción es un derecho subjetivo que genera obligación. - El derecho potestad se concreta a solicitar del Estado la prestación de la actividad jurisdiccional, y ésta se encuentra obligada a brindar la misma mediante el proceso”. (Cajas, 2008)

La acción es de carácter público. “Es público en el sentido que su finalidad es la satisfacción del interés general sobre el particular, mediante la composición de los pleitos y el mantenimiento del orden y paz social, evitando la justicia por la propia mano del hombre”. Delgado (2002)

La acción es autónoma. “La acción va dirigida a que nazca o se inicie el proceso, no habrá este último sin el ejercicio del primero, y se diferencia con el concepto de pretensión que se verá más adelante”. (Castellon, 2002)

“Tiene por objeto que se realice el proceso: La acción busca que el Estado brinde su jurisdicción mediante un proceso, y como se dijo, no habrá tal proceso sin una previa acción ejercida por el ciudadano que busque la tutela que brinda el Estado.” (Cervantes, 2003)

*2.2.1.1.2.1. Materialización de la acción.* “Por el derecho de acción, todo sujeto en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en forma

directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional, pidiendo la solución de un conflicto de intereses intersubjetivo o la dilucidación de una incertidumbre jurídica” (primer párrafo del artículo 2 del Código Procesal Civil).

“Como vemos, el Código Procesal Civil, perfectamente conceptúa lo que es la acción procesal civil, como un medio para poner en movimiento el órgano jurisdiccional para hacer valer una pretensión procesal, con la aspiración que ella sea amparada por el órgano judicial”. (Cervantes, 2003).

2.2.1.1.2.2. *Alcance*. “El derecho de acción implica una solicitud del derecho a obtener la tutela jurisdiccional, por parte de una persona que es garante del derecho y que los ha visto afectados o derecho de acceso a la justicia y el derecho a una sentencia de fondo, es decir a la decisión de la sentencia debe ser motivado de forma razonada y justa, y donde se respete el principio de congruencia procesal teniendo la facultad de acceder a la justicia, aunque su situación económica sea baja y precaria, porque existe el derecho a la justicia gratuita”. (Bacre, 1986).

Para Herrera (2002) El derecho de acción, “todo sujeto en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de su representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional, pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica”.

### **2.2.1.2 La jurisdicción**

Ledesma (2009) indica que “es una categoría generalizada en los sistemas

jurídicos, reservada para denominar al acto de administrar justicia, atribuida únicamente al Estado, porque la justicia por mano propia está abolida. La jurisdicción, se materializa a cargo del Estado, a través de sujetos, a quienes identificamos como jueces, quienes, en un acto de juicio razonado, deciden sobre un determinado caso o asunto judicializado, de su conocimiento”.

“El fundamento de la jurisdicción radica en la necesidad social de que sea observado y respetados los derechos de los ciudadanos y las leyes. El estado está organizado, esencialmente, para satisfacer este fin. Para realizarlo encarga a las personas el ejercicio de la jurisdicción. La jurisdicción radica en la persona a quien el Estado ha confiado su ejercicio. Por eso no se puede transmitir de una a otra persona ni en la vida ni por causa de muerte” (Aroca, 1999).

La noción de jurisdicción constituye, por tanto, un presupuesto necesario para el estudio del proceso jurisdiccional en general y del proceso civil en particular. Tal noción, por otra parte, debe ponerse en relación con la de tutela jurisdiccional (art. 2901 del cód. civ.), a que me he referido en el número precedente. El órgano estatal interviene en el momento de la aplicación de la norma, puesta por el Estado legislador mediante la producción de un efecto jurídico, vinculado por la ley a un acto del órgano-juez; efecto que crea una situación por la cual se tiene la reafirmación de la norma, o mejor del contenido del mandato, por parte del juez en el caso singular. Por consiguiente, el juez prosigue la obra del legislador ejercitando otro de los poderes fundamentales del Estado que es el jurisdiccional; poder que es tradicionalmente referido a una función del Estado mismo, distinta, por un

lado, de la legislativa; por otro lado, de la ejecutiva o administrativa, y es precisamente la función jurisdiccional. Esta función se contrapone, como se ha dicho, a la de posición de la norma jurídica, en cuanto presupone, al menos en general, el ejercicio de ella (véase, en efecto, los casos en que el juez se pronuncia según equidad; n. 18), pero se diferencia además de la función administrativa, la cual, sin embargo, es llevada a cabo por otros órganos del Estado. Estos últimos persiguen también ellos la actuación de la norma de ley, pero con el fin de satisfacer los intereses particulares de la administración pública, para alcanzar los cuales han sido creados y operan. La norma a aplicar es, pues, para la administración pública, la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad sea alcanzada (arts. 97 y 98 de la Constitución); la misma norma es, para el órgano jurisdiccional, el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la función jurisdiccional se ejercita al solo fin de asegurar el respeto el derecho objetivo. El juez, por consiguiente, es portador de un interés público en cuanto a la observancia de la ley; interés que se distingue de aquellos otros intereses públicos particulares de los que son portadores, como acabamos de decir, los diversos órganos de la administración pública. En la actuación de la norma, por consiguiente, la administración pública se encuentra en una posición jurídica similar a la del particular que debe respetar el mandato de la norma misma si quiere conseguir, dentro de la legalidad, ciertos resultados. Y así como la actividad de los particulares puede determinar la necesidad de la intervención del juez para la tutela de determinadas situaciones, así también ocurre con la actividad de la administración pública que puede, a su vez, constituir el objeto de otro

órgano estatal, el juez. Y esto se verifica también si el órgano administrativo actúa asumiendo las formas procesales, como ciertos esquemas que aseguran formalmente la obtención de un determinado resultado en el respeto de la ley (principio del contradictorio, asunción de pruebas con el respeto de determinadas formas). Esta diferencia funcional entre los diversos órganos del Estado, a los que se pide la aplicación, o la actuación, de la norma jurídica, se manifiesta, de ordinario, también con una distribución de las funciones, jurisdiccional y administrativa, a órganos diversos. Pero el significado actual del principio de la división de los poderes no se agota en la relevancia del criterio subjetivo con el cual se distribuyen las funciones esenciales del Estado, sino que adquiere un significado constitucional más lleno de contenido, en cuanto el órgano jurisdiccional es institucionalmente indiferente con respecto al fin perseguido por la norma jurídica actuada por él; el órgano jurisdiccional es portador del interés público en que aquella norma sea observada, en que sea actuada una cierta tutela; en definitiva, el juez debe dar la razón a quien la tiene, de manera que la norma a aplicar no es la regla de la conducta de él, sino que es el objeto de su actividad. El art. 102, apartado segundo de la Constitución enuncia, aunque sea con fórmula enfática e imprecisa, este principio, afirmando que "los jueces están sujetos solamente a la, ley"; con lo que se quiere expresar ya sea la independencia de los jueces respecto de los otros órganos del Estado y "de cualquier otro poder" (art. 104 de la Constitución; véase infra n. 46), ya sea el carácter originario de la función jurisdiccional respecto de las otras funciones del Estado que tienen por objeto la actuación del derecho objetivo. Esto importa

que, para determinar la naturaleza de una actividad estatal, desplegada por órganos del Estado, no es siempre suficiente el criterio subjetivo y precisamente la constatación de que aquélla actividad está llevada a cabo por un órgano perteneciente al orden administrativo o al jurisdiccional. En el ordenamiento constitucional vigente, en efecto, los diversos poderes del Estado están referidos a órganos típicos (parlamento, gobierno, administración pública, magistratura... ), pero no se excluye que, en determinados casos estos órganos puedan realizar actividades diversas: por ejemplo, el mismo juez (perteneciente al orden judicial) puede desarrollar actividad administrativa, en cuanto se refiere al vínculo de subordinación orgánica en relación a la administración del Estado (véase n. 3) o en otros casos especiales previstos por la ley (cómo, por ejemplo, en materia electoral). Pero no comparto la tendencia a excluir de la jurisdicción todos aquellos casos en los que al faltar los elementos típicos, propios de ciertos procesos jurisdiccionales, el proceso mismo es considerado como manifestación del poder administrativo; es la hipótesis de la jurisdicción voluntaria, tema sobre el cual volveremos más ampliamente a su tiempo (véase n. 22). Para delinear el ámbito del proceso civil, como manifestación de la jurisdicción, es necesario partir sin apriorismos del dato ofrecido por el derecho objetivo y considerar después respecto de qué remedios la ley considera necesaria la intervención del órgano jurisdiccional como insustituible realizador de aquella tutela que es secundaria, eventual, respecto de la tutela primaria que deriva del mandato establecido por la norma. Si tal mandato no es observado, puede ser y debe ser, según los casos, requerido el

juez al que corresponde precisamente asegurar la realización del derecho objetivo, por el interés que el Estado tiene en que sean respetadas las reglas puestas por él mismo para asegurar una convivencia ordenada entre los coasociados.

#### ***2.2.1.2.1 Concepto***

“La jurisdicción comprende la facultad de conocer, o sea llamar a juicio a las personas que deben intervenir en él y ordenar las diligencias y pruebas que el Juez estime necesarios o convenientes; y la facultad de fallar; o sea la de resolver los juicios en los cuales conoce” (Fornos, 1998).

El término jurisdicción, comprende a la función pública, ejecutada por entes estatales con potestad para administrar justicia, de acuerdo a las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias con relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución (Couture, 2002).

En definitiva, es una categoría generalizada en los sistemas jurídicos, reservada para denominar al acto de administrar justicia, atribuida únicamente al Estado; porque la justicia por mano propia está abolida. La jurisdicción, se materializa a cargo del Estado, a través de sujetos, a quienes identificamos como jueces, quienes en un acto de juicio razonado, deciden sobre un determinado caso o asunto judicializado, de su conocimiento.

#### ***2.2.1.2.2. Elementos de la jurisdicción***

Estos son los elementos indispensables para la existencia de un acto jurisdiccional

Notio

Es la facultad que poseen los tribunales para conocer de un asunto litigioso.

El fundamento constitucional de esta se encuentra en el artículo 76, cuando de las facultades de conocer de los tribunales. La facultad de conocer se fundamenta, en que para resolver un determinado conflicto, primero deben conocerse los hechos que constituyen dicho conflicto (oír a las partes y darles la posibilidad de que presenten pruebas).

Esta facultad por regla general se ejerce a petición de parte. Por excepción los tribunales podrán actuar de oficio para abocarse al conocimiento de un asunto determinado. En este punto debemos hacer la siguiente precisión.

En materias propias del derecho civil los tribunales siempre conocen un conflicto a petición de parte, salvo las excepciones legales como, por ejemplo: la prescripción de la acción ejecutiva.

En materias propias del derecho penal, subdividimos

a) en el procedimiento penal antiguo los jueces tenían la facultad de conocer un posible delito, de oficio, esta es una manifestación del principio inquisitivo.

b) en el derecho procesal penal (reforma) los jueces no están facultados para conocer un posible delito de oficio, sino que esta facultad recae en el ministerio público (fiscales) quienes tienen solamente la facultad de conocer pero no juzgar, esta es una manifestación del principio dispositivo.

Vocatio

Es la posibilidad al otro de apersonarse.

Facultad que poseen los tribunales, consiste en la posibilidad de obligar a las partes a comparecer ante el tribunal antes del término del emplazamiento bajo sanción de procederse en su rebeldía, en los procesos civiles, la obligación de



defenderse no le corresponde al demandante sino al demandado.

### Coertio

A través de este elemento se faculta a la jurisdicción que mediante la fuerza y coerción cumpla con las medidas ordenadas durante el proceso.

Consiste en la posibilidad que poseen los tribunales de eventualmente aplicar la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas, es decir, el juez a través de su resolución, las cuales gozan de imperio, deberá obligar a que se cumplan ciertos actos indispensables para que continúe el desarrollo del juicio EJ: cita de un testigo.

### Indicium

Corresponde a la facultad de juzgar.

Por lo tanto, los tribunales tienen la facultad de dictar sentencia poniendo fin al litigio en forma definitiva (efecto de cosa juzgada) sin embargo, existen otros órganos del estado que conocen determinados conflictos, por ejemplo los tribunales tributarios, que diferentes a los pertinentes al poder judicial, la sentencia de estos no produce efecto de cosa juzgada, ya que quien conoce y falla es un órgano administrativo cuando el juez ejerce la facultad de juzgar, no puede hacerlo fuera de los límites propuestos por las partes en la demanda y en la contestación, si el asunto es civil y en la querrela o acusación, si el asunto es penal en efecto si el juez dictase sentencia concediendo más allá de lo pedido, caería en juicio de ultrapetita o extrapetita fuera de lo pedido. Esto trae como consecuencia que la sentencia adolece de un juicio subsanable con el recurso de casar en la forma.

Ejecutio

Corresponde a la facultad de tribunales consistente en hacer ejecutar lo juzgado, en el caso de que alguna de las partes no quiera con las prestaciones que el juez ordeno en la sentencia, por lo tanto esta facultad puede ser ejercida en forma coercible.

#### ***2.2.1.2.3 Principios constitucionales aplicables a la función jurisdiccional***

Según Bautista, (2006) “los principios son como directivas o líneas de matrices, dentro de las cuales se desarrollan las instituciones del Proceso, por los principios cada institución procesal se vincula a la realidad social en la que actúan o deben actuar, ampliando o restringiendo la esfera o el criterio de su aplicación”.

#### ***2.2.1.2.4 Principio de Unidad y Exclusividad***

Debe descartarse el sentido interpretativo según el cual la jurisdicción especializada en lo militar pudiera entenderse como una jurisdicción desvinculada de los principios de unidad y exclusividad de la “función jurisdiccional”, es decir, que pueda ser entendida como una institución que, dada su finalidad (solamente se encarga de juzgar delitos de la función militar), pudiese establecer una organización y funciones que se encuentren desvinculadas de aquellas que son propias de todo órgano que administra justicia. El poder jurisdiccional del Estado es uno solo. En un Estado Constitucional de Derecho existe una función de control que la Norma Fundamental ha otorgado al poder jurisdiccional frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

#### ***2.2.1.2.5. Principio de Independencia Jurisdiccional***

La jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.

El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori.

#### ***2.2.1.2.6 Principio de la Observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional***

Está establecido en el artículo 139 inciso 3 del Texto Constitucional:

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

#### ***2.2.1.2.7 Principio de Publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la Ley***

Señala la Constitución vigente: “artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de los funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre

públicas”.

Su regulación constitucional en nuestro país se inicia con la Constitución de 1823.

De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la materia objeto de comentario se encuentra contemplada en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde una perspectiva histórica su génesis se remonta a la Revolución Francesa. Al respecto, son célebres las palabras fundamentado las de Honoré Gabriel, conde de Mirabieu. Durante los debates de la convención:

"Ponedme al juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo si deseáis; poco importa, con tal que no pueda hacer nada, sino en público".

#### ***2.2.1.2.8 Principio de Motivación escrita de las resoluciones judiciales***

Es frecuente encontrar, sentencias que no se entienden, ya sea porque no se expone claramente los hechos materia de juzgamiento, o porque no se evalúa su incidencia en el fallo final de los órganos jurisdiccionales. Las resoluciones judiciales con las características citadas no pueden cumplir las diversas finalidades que tienen dentro del sistema jurídico. Si bien es cierto, que lo más importante es decidir sobre el interés de las partes sometidas a jurisdicción, suele suceder que las partes no reciben la debida información de los jueces sobre las razones que los condujo a tomar una decisión.

Los jueces están constitucionalmente obligados a fundamentar sus resoluciones y sentencias, basadas en los fundamentos de hecho y de derecho.

Por ejemplo en todo mandato judicial de detención, debe estar prolijamente sustentado, porque se va a privar de un derecho fundamental a un ser humano. Este es un corolario del derecho de defensa y de la instancia plural, ya que la negligencia del juzgador en motivar la resolución no permite que las partes conozcan los fundamentos de hecho y de derecho en que se funda el pronunciamiento, con la consecuente imposibilidad de un recurso efectivo ante el superior en grado. Esta disposición es obligatoria en todas las instancias judiciales, y están exceptuadas sólo decretos (Chanamé, 2009).

#### ***2.2.1.2.9 Principio de la Pluralidad de la Instancia***

Esta garantía constitucional es fundamental, ha sido recogida por la Constitución peruana, y por la legislación internacional del cual el Perú es parte. Este principio se evidencia en situaciones donde las decisiones judiciales no resuelven las expectativas de quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca del reconocimiento de sus derecho; por eso queda habilitada la vía plural, mediante la cual el interesado puede cuestionar una sentencia o un auto dentro del propio organismo que administra justicia (Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas-APICJ, 2010).

#### ***2.2.1.2.10 Principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso***

Este derecho es fundamental en todo ordenamiento jurídico, a través de él se protege una parte medular del debido proceso. Según este principio, las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente, de esta manera

quedará garantizado el derecho de defensa (Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas-APICJ, 2010)

#### ***2.2.1.2.11 La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.***

Art. 139°.1 Const.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

#### ***2.2.1.2.12 Principios de la función jurisdiccional.***

Proceso judicial por comisión o delegación. Este principio es típicamente anglosajón, se puede resumir en la idea del Rule of Law, referida al imperio del derecho: “un solo juez, un solo Derecho, igual para el estado y el ciudadano”. Se formuló por primera vez en Inglaterra en el siglo XVII, cuando los reyes Estuardo, estatista y absolutista, intentaron introducir jurisdicciones especiales para los litigios acerca de los asuntos públicos o en que sus servidores fueran parte.

Estos planteamientos eran comunes en el Continente, los cuales dieron origen al Derecho Administrativo. En el ordenamiento jurídico peruano nadie puede irrogarse en un Estado de derecho, la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados jurisdiccionales; éste tiene la exclusividad del encargo. De lo cual va tener como consecuencia: prohibición de la justicia privada y obligatoriedad de las decisiones judiciales.<sup>15</sup> Una interpretación desde la constitución, obliga, pues, a señalar en simple vista, que, es el Poder Judicial el único órgano con la capacidad.

El ejercicio de la judicatura debe hacerse en forma autónoma, responsable e independiente la cual debe ser entendida como aquella capacidad auto determinativo para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley.

En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. De acuerdo a la decisión del expediente 0004-2006-PI/TC El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución.

#### ***2.2.1.2.13 Principios aplicables en el ejercicio de la jurisdicción***

Según Bautista, (2006) “los principios son como directivas o líneas de matrices, dentro de las cuales se desarrollan las instituciones del Proceso, por los principios cada institución procesal se vincula a la realidad social en la que actúan o deben actuar, ampliando o restringiendo la esfera o el criterio de su aplicación”. Siguiendo a este autor, se tiene:

##### **A. El principio de la Cosa Juzgada.**

“La cosa juzgada implica el asignarle un carácter definitivo e inmutable a la decisión de certeza contenida en la sentencia. Por consiguiente, el principio de cosa juzgada está orientada a evitar la continuación de la controversia cuando ha recaído sobre ella la decisión del órgano jurisdiccional, vale decir, no puede plantearse nuevamente el litigio (entre las mismas partes y respecto del mismo petitorio e interés para obrar) si ya fue resuelto. De esta manera

habrá seguridad jurídica, fortaleciéndose además la función jurisdiccional al conferirle plena eficacia”. (Vidal, 2005).

“Precisa, además, que la cosa juzgada como autoridad, es “atributo propio del fallo que emana de un Órgano Jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo”; y, la 17 cosa juzgada como eficacia, implica que la sentencia adquiere los caracteres de impugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad”. (Romero, 2012).

En sentido estricto implica Varona (2005) “el impedimento a las partes en conflicto a que revivan el mismo proceso. En consecuencia, una sentencia tiene efectos de cosa juzgada cuando obtiene fuerza obligatoria y no es posible actuar contra ella ningún medio impugnatorio o porque los términos para interponer estos recursos han caducado”.

B. El principio de la pluralidad de instancia.

“La cosa juzgada implica el asignarle un carácter definitivo e inmutable a la decisión de certeza contenida en la sentencia. Por consiguiente, el principio de cosa juzgada está orientada a evitar la continuación de la controversia cuando ha recaído sobre ella la decisión del órgano jurisdiccional, vale decir, no puede plantearse nuevamente el litigio (entre las mismas partes y respecto del mismo petitorio e interés para obrar) si ya fue resuelto. De esta manera habrá seguridad jurídica, fortaleciéndose además la función jurisdiccional al conferirle plena eficacia”. (Alzamora, 2002).

“La constitución política del Estado recoge este principio el que se ve reforzado por el artículo X del título preliminar del código procesal civil, ya que estos son los principales principios que rigen el debido proceso, así como



el derecho de defensa y la contradicción, el derecho que tiene los jueces de motivar sus resoluciones, exponiendo los fundamentos de hechos y de derecho con que amparan sus decisiones” (Sánchez, 2006).

Según Núñez (2006), “el derecho a una pluralidad de instancias, según los tratados internacionales de los que el Perú es parte, limitan la pluralidad de instancia al ámbito penal, por lo que podría haber normas legales que limiten la pluralidad de instancia en el ámbito civil, o que establezcan inclusive procesos civiles de una sola instancia”.

#### C. El principio del Derecho de defensa.

“Es un derecho fundamental e imprescindible en un proceso que permite al imputado hacer frente al sistema una formal contradicción con igualdad de armas. Y el derecho de defensa del imputado lo que no implica que los sujetos procesales gocen también de este como la facultad de resistir y contradecir la imputación en un proceso por consiguiente el derecho de defensa se materializa en la facultad de ser oído en juicio”. (Carmona, 2001).

“Antes de constituirse el derecho de defensa como principio, se desarrolla en forma técnica en el proceso, mediante las oportunidades que se van otorgando al demandado y a las partes en el litigio, para hacer valer sus derechos ante el órgano jurisdiccional apropiado”. (Chanamé, 2009).

#### D. El principio de la motivación escrita de las resoluciones judiciales.

Según Sagástegui (2003) indica que “este es un corolario del derecho de defensa y de la instancia plural, ya que la negligencia del juzgador en motivar la resolución no permite que las partes conozcan los fundamentos de hecho y

de derecho en que se funda el pronunciamiento, con la consecuente imposibilidad de un recurso efectivo ante el superior en grado”.

“Las resoluciones judiciales con las características citadas no pueden cumplir las diversas finalidades que tienen dentro del sistema jurídico. Si bien es cierto, que lo más importante es decidir sobre el interés de las partes sometidas a jurisdicción, suele suceder que las partes no reciben la debida información de los jueces sobre las razones que los condujo a tomar una decisión. Los jueces están constitucionalmente obligados a fundamentar sus resoluciones y sentencias, basadas en los fundamentos de hecho y de derecho.” (Chanamé, 2009).

### **2.2.1.3 La Competencia**

#### **2.2.1.3.1 Conceptos**

Arellano (2012) indica que “es la facultad que tiene el juez para conocer un pleito. Esta facultad está limitada por el grado y el lugar de la jurisdicción. Un juez no puede conocer legítimamente, sino que pertenecen a la jurisdicción común y privada, civil o penal y el grado y el lugar que le corresponden. Diferencia entre jurisdicción y competencia. a) Jurisdicción: Es la facultad de la autoridad judicial para administrar justicia. b). Competencia: Es la distribución de esta autoridad entre los diversos jueces”.

Por su parte, Monroy (1996) sostiene que “la competencia tiene como supuesto, el principio de pluralidad de tribunales dentro de un territorio jurisdiccional. Así, las reglas de competencia tienen por objeto determinar cuál va a ser el tribunal que va a conocer, con preferencia o exclusión de los demás, de una controversia que ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional”.

“La competencia, entonces, es una categoría jurídica, que en la praxis viene a

ser el reparto de la facultad de administrar justicia, o mejor dicho es la dosificación de la jurisdicción, está predeterminada por la Ley, y se constituye en un mecanismo garante de los derechos del justiciable, quienes mucho antes de iniciar un proceso judicial conocen el órgano jurisdiccional ante quien formularán la protección de una pretensión”. (Salermo, 1998).

#### ***2.2.1.3.2 Determinación de la competencia en el proceso en estudio***

“La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario”. (Varona, 2005).

“Los factores que determinan la competencia del Juez, entre ellos la materia, la cuantía, el territorio, el turno, la naturaleza de la pretensión o materia, etc., por eso el dispositivo precisa la situación de hecho existente al momento de interposición de la demanda en los procesos contenciosos, o solicitud en los no contenciosos y no podrá ser modificada, salvo disposición contraria de la ley”. (Ticona, 2001).

Asimismo, el Art. 24° inciso 2 del Código Procesal Civil que establece la Competencia Facultativa, y que textualmente indica “El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad”.

En la práctica es un problema común determinar cuál es el momento determinante para la competencia, pero el C.P.C. ha establecido expresamente en las disposiciones fundamentales del título preliminar señalando que la

jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, a menos que la ley disponga otra cosa.

A su vez este punto está relacionado con el principio de la perpetuatio jurisdictionis donde se ha establecido que la competencia del juez después de que se realiza la citación del demandado, no sufre alteración por los cambios posteriores a las circunstancias que lo habían determinado.

La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario.

Hecho existente en el momento de admitirse la demanda, es la determinante de la competencia para todo el curso del proceso, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla. Por citar, el objeto litigioso puede sufrir alteraciones, sea en su valor comercial, en su deterioro, etc.

Nada de ello puede alterar la competencia del juez. Es el valor que tenía el objeto al tiempo de admitirse la demanda, lo que regulará el proceso hasta su terminación. Los intereses y frutos se tienen en cuenta hasta la fecha de la admisión de la demanda, aun cuando estén estipulados para su cumplimiento, en el curso del proceso.

Las partes pueden variar de domicilio durante el proceso, pero la competencia señalada sobre la base del que se tenía en el momento de admitirse la demanda continuará hasta finalizar el proceso'. La inmodificabilidad de la

competencia, implica no solo que la cuantía no cambie por los accesorios posteriores a la demanda ni tampoco por reducción posterior de la pretensión o del objeto litigioso, por citar, en el supuesto que prospere parcialmente una transacción en el proceso, la cuantía de las pretensiones pendientes de resolver no afecta para nada la competencia ya establecida, tampoco el hecho que la sentencia ampare o desestime la pretensión en todo o en parte.

La *perpetuatio iurisdictionis* se debe apreciar no solo limitada a la competencia sino, en general, a todo el proceso que no permite que la situación, jurídica contenida en la demanda pueda modificarse, agotada la posibilidad del artículo 428 del CPC. Frente al supuesto que una nueva ley cambie la competencia para determinados asuntos, surge la interrogante acerca de la permanencia del mismo juez, en los procesos pendientes. Para Véscovi (6), ello es un tema discutido. Señala: "hay autores que sostienen la absoluta irretroactividad de la Ley Procesal, que solo se aplica a los procesos pendientes, y, por consiguiente, rechazan cualquier alteración (Guasp), sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que, en este caso, se plantea una excepción a la regla. Por lo demás, no estaríamos ante un caso de retroactividad de la nueva ley, sino, simplemente, de limitación del principio de ultractividad de la ley antigua".

Tradicionalmente los conceptos de jurisdicción y competencia eran tratados como sinónimos. Hoy en día se concibe que la competencia es una medida de la jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer un determinado asunto.

Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez

incompetente es un juez con jurisdicción, pero sin competencia. La afirmación universal de que la competencia es la medida de la jurisdicción no goza del reconocimiento de un sector de la doctrina porque consideran que la jurisdicción implica labor de juzgamiento; esta carece de medida porque el juez.

Oderigo, “haciendo una distinción entre jurisdicción y competencia señala que aquella representa la función de aplicar el derecho, mientras que la competencia es la aptitud legal de ejercer dicha función en relación con un asunto determinado. La jurisdicción es única e idéntica, pero no todo órgano revestido de esta función pueda ejercerla indistintamente con respecto a cualquier materia y lugar'. Razones de interés público y privado, motivos de economía funcional, presunciones de mayor o menor capacidad técnica, aptitud psíquica, necesidades de orden, comodidad', prueba, criterios de garantía y una equitativa facilidad que se otorgue para la defensa, han inducido al Estado a poner linderos al ejercicio de la potestad, delimitándola por medio de la regulación normativa”.

“En líneas generales podemos decir que la competencia responde a la aplicación del principio de la división del trabajo porque permite asegurar el mayor acierto en la administración de justicia. Un sector de la doctrina delimita la competencia bajo la siguiente clasificación: la objetiva, la funcional y la territorial. La objetiva se sustenta en el valor y la naturaleza de la causa.”

“La funcional en las funciones que la ley encomienda a los jueces de diversa jerarquía en el proceso y la territorial opera ante la existencia de jueces de la

misma clase y la asignación de procesos a cada uno de ellos en atención al orden geográfico. Tanto la competencia objetiva y funcional no son objeto de disposición de las partes. Son absolutas, porque la organización de los estamentos judiciales no se halla sujeta al arbitrio de las partes. 3. La presente norma se remite a la competencia objetiva por la materia, que es catalogada en atención a la naturaleza del conflicto en discusión. Ello nos lleva a distinguir la competencia tanto civil, laboral, penal, etc. La norma' de manera excluyente, considera de competencia del Juez civil toda aquella materia que no le esté atribuida conocer a otros jueces. En otras palabras, si tomamos como criterio para clasificar los órganos judiciales en el modo de atribuirles competencia, podemos distinguir entre órganos de competencia general u ordinaria y órganos de competencia especializada”.

Desde un punto de vista técnico-jurídico:

Este vocablo tiene muchas acepciones, todas ellas distintas del sentido normal o vulgar de la expresión como equivalente de inteligencia, ingenio o habilidad para desenvolverse en cualquier aspecto de la vida, destacando entre ellos el profesional.

Desde el punto de vista orgánico

Se refiere a la capacidad concreta que pueden ejercer los órganos de una entidad pública o privada, de suerte que al margen de la materia concreta asignada no pueden desenvolver su actividad (en el ámbito del Derecho Administrativo, la falta de competencia puede dar lugar a la nulidad radical de todo el procedimiento administrativo llevado a cabo)

Desde un punto de vista de Derecho procesal o procedimental

Muy relacionado con el anterior, se refiere a los distintos criterios de atribución o reparto de los asuntos ante los tribunales de justicia o cualquier órgano administrativo.

Desde el punto de vista sistemático

Consiste en la enumeración de una serie de posibilidades de actuación atribuidas a un órgano, por razón de los asuntos que le están atribuidos de un modo específico. Adquiere una especial relevancia en Derecho político, integrando lo que se llama sección orgánica de la Constitución, que se resuelve al enumerar los distintos poderes del Estado —el legislativo, el ejecutivo y el judicial—, con atribución de sus respectivas competencias. A partir de este punto se enumeran en la Constitución otros órganos menores, con sus respectivas atribuciones, y otro tanto habría de plantearse en las entidades y corporaciones que se mueven en una órbita inferior a la del Estado, como pueden ser los Ayuntamientos o la presidencia municipal.

Desde el punto de vista procesal

La competencia no es más que el sistema por virtud del cual se adjudican los asuntos a los diferentes jueces y tribunales, por una parte, o a los órganos administrativos que tienen poder decisorio en materia de revisión de los actos administrativos. Ciñéndonos al orden jurisdiccional, esto es, al de los juzgados y tribunales que en realidad sirven también como sede administrativa.



### ***2.2.1.3.3 Caracteres de la competencia:***

La competencia tiene cuatro características:

1. Es improrrogable: en principio las partes no pueden convenir en que el asunto sea decidido por un juez distinto a aquel a quien le corresponde conocer el asunto de acuerdo a las limitaciones jurisdiccionales; ni tampoco los jueces pueden derogar su competencia discrecionalmente. Solo en este caso está permitida las excepciones en este punto cuando se trata del territorio, porque el legislador permite proponer la demanda ante el juez del lugar que las partes hayan elegido como domicilio especial. Sin embargo este no puede ser elegido en dos casos: cuando en la causa debe intervenir el Ministerio Público; cuando la ley expresamente lo determine (art. 47 del Código de Procedimiento Civil).
2. Es indelegable: los jueces no pueden delegar sus funciones, aunque hay quienes piensan que la figura de la comisión y exhorto es una especie de delegación.
3. Es de orden público: las limitaciones jurisdiccionales establecidas a los jueces se hacen por razones de orden público y están dirigidas a lograr esos fines de orden Público.
4. Es aplicable de oficio: la incompetencia por la materia y por el territorio en las causas en que debe intervenir el Ministerio Público, o donde no se puede prorrogar la competencia por el territorio por determinarlo así la ley, se puede declarar de oficio en cualquier estado e instancia del proceso. La incompetencia por el valor se puede plantear de oficio sólo en primera

instancia.

Tomando en cuenta el artículo 3 del C.P.C., el momento determinante de la jurisdicción es el de la presentación de la demanda en base a la situación existente en el momento que la demanda es propuesta, en resguardo de la seguridad jurídica.

Este principio no significa que la competencia no pueda modificarse en el curso del proceso por los efectos de la reconvención o de las excepciones del demandado, que justifican un desplazamiento de la competencia en razón de la conexión.

Determinación de la Competencia por la Materia y por el Valor:

2.2.1.3.3.1. *La Competencia por la Materia.* Se determina por la naturaleza de la cuestión discutida y por las disposiciones legales que la regulan. Hay que tomar en consideración la causa de pedir (causa petendi) y el objeto (petitum). Al momento de proponer la demanda el demandante debe observar si conforme a los criterios tipificados en la Ley para determinar la competencia, es correcto para conocer de esa demanda por corresponderle esa esfera de poderes y atribuciones dentro del cual puede ejercer en concreto esa función jurisdiccional.

Principalmente va a estar determinada por la naturaleza de la cuestión discutida y por las disposiciones legales que lo regulan, tomado en cuenta la causa pretendida y el objeto. Ya que dependiendo de estos dos aspectos se determinara la aplicación de ciertos requisitos y disposiciones legales que se encuentran dentro de reguladas dentro de la cuestión discutida, y esto lo

vemos reflejado en el Art. 28 del C.P.C.

Un ejemplo de esto lo vemos reflejado en materia de menores donde la competencia esta señalada en el mismo Código Civil en el Art. 524, atribuyéndosela así a un Juez de Menores, en los lugares donde hayan sido creados y también lo contempla la Ley de Protección del niño, niña y adolescente. Si la materia no se encuentra en la Ley especial a la esencia misma del caso que se discute ni tampoco en el C.P.C., hay que acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 28 del C.P.C, establece que la competencia por la materia, se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute y por las disposiciones legales que la regulan.

*2.2.1.3.3.2 La Competencia por el Valor.* El valor del asunto controvertido, es tomado en cuenta para determinar el conocimiento entre un tribunal inferior y otro de mayor jerarquía, no se atiende a la calidad de la relación controvertida, sino al aspecto cuantitativo de la misma, y en base al valor se distribuye el conocimiento entre los diferentes jueces ordinarios.

#### ***2.2.1.3.4 Determinación de la competencia en el proceso judicial en estudio***

En la doctrina y la legislación comparada, De esta manera, la potestad jurisdiccional viene explicada desde el derecho procesal civil como una función del Estado que actúa a solicitud de los ciudadanos cuando aquella tutela jurídica prevista de manera general y abstracta por el derecho objetivo no ha sido actuada espontáneamente por los sujetos a quienes están dirigidas las normas jurídicas, procurando con ello la protección de las situaciones jurídicas de los particulares en aquellos casos en los que se haya producido

esa crisis de cooperación. Asimismo, el Art. 24° inciso 2 del Código Procesal Civil que establece la Competencia Facultativa, y que textualmente indica “ El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad”.

#### **2.2.1.4 La pretensión**

El vocablo pretensión se puede definir como aquel deseo o intención que tiene una persona de conseguir una cosa. Los conceptos de acción, pretensión y excepción, frecuentemente se puede advertir que tienden a confundirse en la doctrina. Sin embargo, estos obedecen a elementos completamente distintos.

Vicente (2008) manifiesta que en “el proceso contencioso se ha extendido que la pretensión se define como un acto emitido por el actor en ejercicio de su derecho de acción, que se interpone ante el órgano jurisdiccional pero que se dirige contra el adversario, y mediante el cual se solicita de dicho órgano que desarrolle una actividad frente a una persona determinada en relación con un bien de la vida”.

##### ***2.2.1.4.1 Elemento de la pretensión:***

Los Sujetos

La acción consiste en el poder jurídico de reclamar la prestación de la función jurisdiccional; es un derecho subjetivo procesal, y por consiguiente, autónomo e instrumental, dirigido al juez (como miembro de un órgano del Estado) para solicitar el inmediato movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento (sentencia). De otro lado la pretensión es la

declaración de voluntad hecho ante el juez y frente al adversario; es el acto por el cual se busca que el juez reconozca algo con respecto a cierta relación jurídica. En realidad, se está definiendo básicamente a una afirmación de derecho y a la reclamación de la tutela para el mismo.

La pretensión nace como una institución propia en el derecho procesal, en virtud del desarrollo doctrinario de la acción, y etimológicamente proviene del término pretender, que significa querer o desear. Su importancia, en el estudio del derecho procesal, radica en que permite una correcta diferenciación del término acción al cual ya hemos estudiado anteriormente.

Gozañi señala que “la pretensión estudia el objeto del proceso, es decir, las razones por las que una persona se presenta ante la justicia y plantea en su demanda un determinado conflicto de intereses. Guasp es el principal expositor de esta teoría. Para el autor se entiende por objeto ya no el principio o causa de que el proceso parte, ni el fin, más o menos inmediato que tiende a obtener; sino la materia sobre la que recae el complejo de elementos que integran, y que en el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión” Para el citado autor (que a la vez cita al maestro Jaime Guasp), la pretensión constituye el objeto del proceso y por tanto la decisión judicial tiene que estar referida a ella, dado que es propuesta por las partes en sus actos postulatorios.

#### ***2.2.1.4.2 Características de las pretensiones***

La característica fundamental de las pretensiones meramente declarativas consiste en que solo basta la declaración de certeza para satisfacer el interés de quien lo propone, y por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional.

Asimismo se ha señalado jurisprudencialmente que esta se encuentra vinculada al principio dispositivo, y así:

Tres son las notas esenciales del principio dispositivo: a) que las partes son dueñas de los derechos e intereses materiales que se discuten en el proceso, y

al tener poder de disposición sobre el derecho material ostentan también la plena titularidad del derecho de acción, por tanto nadie se le puede obligar a pedir tutela judicial o a ejercitar su defensa ante los tribunales si no desea. Esto se concreta en el axioma *ne procedat iudex ex officio*; b) las partes son dueñas absolutas de la pretensión y por ende de la continuación del proceso, pudiendo disponer de él a través de una serie de actos que pueden ocasionar la terminación del proceso, con sentencia o con anterioridad a ella, como es no impugnar, allanarse, transar (léase transigir), desistirse, etc; c) las partes vinculan mediante sus pretensiones la actividad decisoria del juez, quien tiene la obligación de resolver de modo congruente con respecto a la pretensión del actor y la resistencia del demandado, lo que se manifiesta en el aforismo *ne eat iudex ultra petita partium* [...] (De Casación 2798-99, Arequipa, publicado en El Peruano el 7 de abril de 2000, pp. 4996-4997).

#### ***2.2.1.4.3 Finalidad de la pretensión***

La finalidad del proceso, conforme con nuestra norma procesal, es que a través de él se puede resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; pero en el caso de la pretensión, esta es de conocimiento del órgano jurisdiccional mediante el acto jurídico procesal llamado demanda, el mismo que contiene esta declaración de voluntad.

Respecto de la pretensión material y la procesal se ha señalado que:

“[...] Toda pretensión material de los justiciables para que pueda convertirse en pretensión procesal debe haber agotado primero los medios para satisfacer dicha pretensión, tanto más si estos medios están regulados expresamente en la ley. [...]” (Casación 764-97, Ayacucho, publicado en El Peruano el 19 de

febrero de 1999, pp. 2662-2663).

#### ***2.2.1.4.4 Objeto de la pretensión***

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: “El objeto litigioso está constituido por dos elementos que la doctrina denomina *petitum* y *causa petendi*. Si el *petitum* consiste en la solicitud de una resolución judicial idónea para la realización de un bien de la vida (entendido en la acepción más amplia), la *causa petendi* estará constituida por la indicación y la determinación del hecho constitutivo del derecho al bien perseguido, además del hecho que determina el interés de obrar en juicio. La *causa petendi* es entonces la razón, el porqué, o, más exactamente, aun el título de la demanda” (Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda nel processo civile*. Giuffré, Milano, 1958, p. 15).

Con mucha más precisión, con relación a este aspecto, Luis Díez-Picazo y Antonio Guillén sostienen que la decisión judicial vinculada con la aplicación del principio *iura novit curia*, tiene que ser congruente con el objeto del *petitum* y la *causa petendi*. En relación con el objeto del *petitum*, el órgano jurisdiccional no puede conceder algo diferente de lo pedido. Por tanto, “este no puede encontrar una *ratio decidendi* distinto al de la *causa invocada*”. La pretensión procesal tiene por función generar un proceso, siendo su objeto el obtener una sentencia puede ser esta de carácter de condena, declarativa, constitutiva o ejecutiva. Como se ha señalado la pretensión constituye la manifestación de voluntad de un sujeto una exigencia frente a otro, por ello esta debe estar contenida con los fundamentos de hecho o razones fácticas que sustentan la pretensión (*causa petendi*) y por

la fundamentación jurídica, que no es otra cosa que el derecho subjetivo en el cual se sustenta su petición (*iuris petitum iuris petitio*). Viene a constituir la utilidad que se busca alcanzar con la resolución judicial, el pedido o reclamo que se quiere sea reconocido por el juez. Es la declaración por parte del juzgador de la subordinación de un interés propio al del contrario.

Conforme lo señala Llambias, el objeto conforme lo señala el citado autor “está constituido por el contenido de la prerrogativa del titular. Así, en el derecho de propiedad el objeto es ese cúmulo de beneficios y provechos que la cosa puede brindar al dueño de ella, y en los derechos de crédito u obligaciones el objeto es la pretensión que debe satisfacer el deudor a favor del acreedor”.

#### ***2.2.1.4.5 Partes de la Pretensión***

Refiere a las partes involucradas en el proceso. El demandante es quien hace la exigencia de la pretensión y el demandado es aquel contra quien se dirige la exigencia. La pretensión se produce solamente entre las partes, no teniendo participación el órgano jurisdiccional que es ente ante el cual se deduce. Sin embargo, hay quienes consideran como un tercer sujeto al juez como destinatario ante quien se formula la pretensión y en todo caso quien va a declararla, posición que no compartimos, pues los únicos a los que afecta el contenido de la pretensión, solamente son el demandante y el demandado.

Para Rosenberg: “Partes en el proceso civil son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita, en nombre propio, la tutela jurídica estatal, en particular la sentencia y la ejecución forzosa. Este concepto del derecho procesal alemán (único decisivo) es independiente de la estructura



del derecho material y de la posición jurídica extraprocésal de los interesados. Porque no se es parte en el proceso civil como titular de la relación jurídica controvertida, sino actor es quien afirma el derecho (material); y demandado, aquel contra quien se lo hace valer. Para la posición de parte procesal no tiene importancia si el actor es el poseedor del derecho y si el demandado es el verdadero obligado o afectado. Muchas veces, de acuerdo con el derecho material, están facultados para la gestión procesal y son personas distintas respecto a los portadores del derecho o de la relación jurídica controvertida". El primero de los elementos de este tipo que componen la pretensión, es el sujeto activo, que es aquel que ejerce la prerrogativa normativa para definir lo exigido, y en segundo lugar está el sujeto pasivo, que es quien debe soportar el ejercicio de la prerrogativa del titular. Conforme a nuestra jurisprudencia: "parte en el proceso es aquel que pide tutela jurisdiccional y pretende la actuación de una norma legal a un hecho determinado y aquel respecto del cual se formula esa pretensión, los que quedan individualizados en la demanda" (Casación 983-98, Lima, publicada en El Peruano el 18 de noviembre de 1998, pp. 2056-2057).

#### ***2.2.1.4.6 La Causa de la Pretensión***

Denominado también fundamento de la pretensión, está constituida por los hechos que sustentan la pretensión además del sustento jurídico de la misma. Constituye la afirmación de la conformidad con el derecho sustancial. Se trata del interés jurídicamente protegido. Finalmente, la causa o título es el hecho del cual la relación jurídica deriva.

Toda pretensión debe ser concreta y precisa señalando la finalidad que

persigue, con el fin de evitar que adolezca de defectos durante su fundamentación.

Para Gozaini, realizando un análisis estructural, la pretensión refiere a los tres elementos que integran cualquier realidad jurídica:

Elementos subjetivo, compuesto de un sujeto activo o persona que formula la pretensión; un sujeto pasivo o persona frente a quien se formula la pretensión, y el destinatario o persona ante quien se formula la pretensión;

Elemento objetivo; o sea, el sustrato material sobre el que recaen aquellas conductas humanas y que integran el soporte básico situado más allá de cada persona actuante y de cada actuación personal y,

Elemento modificativo de la realidad, esto es, una actividad stricto sensu constituida por el hecho de que los titulares de la pretensión, al ocuparse del objeto de la misma, determinan con su conducta una modificación de la realidad.

#### ***2.2.1.4.7 Diferencia entre la Pretensión y la Acción***

En la acción los sujetos son el actor (sujeto activo), y el juez quien encarna al Estado (sujeto pasivo); en tanto que la pretensión, el sujeto es el actor o pretensionante (sujeto activo) y el demandado o pretensionado (sujeto pasivo). En la acción se busca una decisión, bien sea esta favorable o no; en tanto que en la pretensión se busca una decisión favorable, que acoja el petitorio reclamado.

#### ***2.2.1.4.8 Clases***

La pretensión en sentido amplio constituye el acto jurídico realizado por un sujeto consistente en exigir algo que debe tener por cierto calidad de acto justiciable, es decir, relevancia jurídica. Si esta petición se verifica antes de manera extrajudicial se denomina pretensión material, en tanto que si se exige a través del órgano jurisdiccional estamos ante la pretensión procesal.

2.2.1.4.8.1 *Pretensión Material.* La pretensión material se distingue de la pretensión procesal. Aquella simplemente es la facultad de exigir a otro el cumplimiento de lo debido. Está referida al derecho que tiene un sujeto determinado que se dirige contra uno o más sujetos, protegiendo intereses determinados.

Cuando este interés que tenemos frente a un sujeto respecto de un interés propuesto es satisfecho sin la intimación del órgano jurisdiccional, nos encontramos ante la ausencia del proceso. Teniendo en cuenta lo señalado se precisa: “La ley sustancial es aquella que reconoce los derechos subjetivos de las personas, y la ley procesal la que los hace efectivos cuando han sido desconocidos o vulnerados.”

Para Monroy, con relación al tema en comento, señala que:

“Al ser abstracto, el derecho de acción carece de exigencia material, es sólo un impulso de exigir tutela jurisdiccional al Estado. Sin embargo, realizamos tal actividad cuando tenemos una exigencia material y concreta respecto de otra persona, es decir, cuando tenemos un interés que es resistido por otra. Esta aptitud de exigir ‘algo’ a otra persona se denomina pretensión material. La pretensión material no necesariamente es el punto de partida de un proceso, puede ocurrir que la ser exigido su cumplimiento esta sea satisfecho, con lo que el conflicto no se habrá producido.

Sin embargo cuando la pretensión material no es satisfecha y el titular de esta carece de alternativas para exigir o lograr que tal hecho ocurra, entonces sólo queda el camino de la jurisdicción. Esto significa que el titular de una pretensión material, utilizando su derecho de acción, puede convertir esta en pretensión procesal, lo que no es otra cosa que la manifestación de voluntad por la que una persona exige ‘algo’ a otra a través del estado (órgano jurisdiccional).”

En tal sentido en sede judicial se ha precisado que: “Toda pretensión material

de los justiciables para que pueda convertirse en pretensión procesal debe haber agotado primero los medios para satisfacer dicha pretensión, tanto más si estos medios están regulados expresamente en la ley.” (Casación 764-97, Ayacucho, publicado en El Peruano, 19 de febrero de 1999, pp. 2662-2663).

**2.2.1.4.8.2 Pretensión Procesal.** La pretensión procesal, concepto ampliamente desarrollado por el español Guasp, es una declaración de voluntad por la cual se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración.

Esta se origina con el proceso luego de ejercitar el derecho de acción y de admitida la demanda por juez competente. Viene a constituir la exigencia del derecho material ante el órgano jurisdiccional, a través del acto jurídico procesal contenido en la demanda. Del mismo modo se ha señalado que: “las normas procesales no pueden servir de sustento para la solución de la litis pues no deciden, el derecho, sino simplemente regulan la conducta de las partes que intervienen en el proceso.” (Casación 1870-98, Cono Norte, publicada en El Peruano el 13 de enero de 1999, pp. 2463-2464).

### **2.2.1.5 El proceso**

Proceso como derecho fundamental Desde los tiempos del derecho romano hasta la pandectística alemana del siglo XIX se ha postulado que no hay derecho sin acción ni acción sin derecho.

En esa línea evolutiva, la acción -entendida hoy como proceso- ha asumido un grado tal de autonomía que, en vez de ser un instrumento del derecho, éste se ha convertido más bien en un instrumento del proceso.

Esta concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a

desnaturalizar la vigencia de los derechos fundamentales, en la medida que su validez y eficacia ha quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas; que han vaciado a los derechos fundamentales de los valores democráticos y constitucionales que le dieron origen en los albores del constitucionalismo democrático.

En esa medida, después de la segunda guerra mundial, el derecho constitucional contemporáneo se planteó la relación entre Constitución y proceso, procurando la reintegración del derecho y el proceso, así como superando el positivismo jurídico procesal basado en la ley, en base a reconocer un rol tutelar al juez constitucional – disciplina judicial de las formas-4. Así, se parte de concebir a los propios derechos fundamentales como garantías procesales; es decir, otorgándoles implícitamente a los derechos humanos un contenido procesal de aplicación y protección concreta. De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. En consecuencia, las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso.

#### **2.2.1.5.1 Concepto.**

Monroy (1996) refiere que, “el concepto proceso se manifiesta a través de dos características. Por un lado, está su temporalidad, es decir, la conciencia de transcurso, de tránsito, de progreso hacia algo. Por otro lado, está su vocación de arribo, es decir, su tendencia a alcanzar un fin, por lo que intrínsecamente, el proceso supone un recorrido para la obtención de una meta, un fin”.

Alzamora (2002) afirma que “el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener mediante la actuación de la ley en un caso concreto. La declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción”

El Proceso es la sucesión de fases jurídicas concatenadas realizadas conforme al orden trazado por la ley, el juez, las partes y los terceros en ejercicio de los poderes, derechos, facultades y cargas que les atribuye la ley procesal o en cumplimiento de los deberes y obligaciones que la misma les impone, cursadas ante órgano jurisdiccional, pretendiendo y pidiendo la actuación de la ley.

Es la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. La simple secuencia, no es proceso, sino procedimiento (Couture, 2002).

#### **2.2.1.5.2 Funciones**

A. Interés individual e interés social en el proceso. El proceso, es necesariamente teleológica, porque su existencia sólo se explica por su fin, que es dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la

jurisdicción. Esto significa que el proceso por el proceso no existe.

Dicho fin es dual, privado y público, porque al mismo tiempo satisface el interés individual involucrado en el conflicto, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante el ejercicio incesante de la jurisdicción.

En este sentido, el proceso, tiende a satisfacer las aspiraciones del individuo, que tiene la seguridad de que en el orden existe un instrumento idóneo para darle razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta.

B. Función pública del proceso. En este sentido, el proceso es un medio idóneo para asegurar la continuidad del derecho; porque a través del proceso el derecho se materializa, se realiza cada día en la sentencia. Su fin social, proviene de la suma de los fines individuales.

En la realidad, el proceso se observa como un conjunto de actos cuyos autores son las partes en conflicto y el Estado, representado por el Juez, quienes aseguran su participación siguiendo el orden establecido en el sistema dentro de un escenario al que se denomina proceso, porque tiene un inicio y un fin, que se genera cuando en el mundo real se manifiesta un desorden con relevancia jurídica, entonces los ciudadanos acuden al Estado en busca de tutela jurídica que en ocasiones concluye con una sentencia.

#### ***2.2.1.5.3 El proceso como garantía constitucional***

Las constituciones del siglo XX consideran, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal es necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora. Estos preceptos constitucionales han llegado hasta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,

formulada por la Asamblea de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 cuyos textos pertinentes indican:

Art. 8°. Toda persona tiene derecho a un recurso ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley.

Art. 10°. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Esto significa que el Estado debe crear un mecanismo, un medio un instrumento que garantice al ciudadano la defensa de sus derechos fundamentales, siendo así, la existencia del proceso en un Estado Moderno es que, en el orden establecido por éste exista el proceso del que tiene que hacerse uso necesariamente cuando eventualmente se configure una amenaza o infracción al derecho de las personas.

“La determinación del concepto del Debido Proceso Legal como Garantía Constitucional de la Administración de Justicia parecería ser un problema del Derecho Constitucional. El hecho de estar ubicada sistemáticamente dentro del texto y la normatividad constitucional, al mismo tiempo que en las Cartas Internacionales de protección de Derechos Humanos, parecería darle partida de nacimiento dentro de la especialidad del Derecho Constitucional Procesal”. (Vidal, 2005).

#### ***2.2.1.5.4 El debido proceso formal***

Debido proceso, el debido proceso tiene su origen en el “due process of law anglosajón”, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los



derechos fundamentales.

Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia. Por su parte la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional.

En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia.

“El debido proceso formal, proceso justo o simplemente debido proceso, es un derecho fundamental que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente. Es un derecho complejo de carácter procesal, porque está conformada por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho, inclusive el Estado, que pretenda hacer uso abusivo de éstos” (Lino, 2003).

#### ***2.2.1.5.5 Noción de debido proceso:***

En el estudio del debido proceso encontramos una gran variedad de conceptos desarrollados por la doctrina nacional y extranjera que a nuestro entender resultan deficientes, para ello comenzaremos con el jurista español

Gonzalo: “...llamamos debido proceso aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por las garantías del juez natural.

Aníbal Quiroga, señala “el Debido Proceso Legal en el Derecho Procesal Contemporáneo es el relativo a lograr y preservar la igualdad.” Las definiciones mencionadas sólo hacen alusión a un elemento del debido proceso, la cual es insuficiente.

“El debido proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial”, más adelante agrega “a través del debido proceso legal podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad...”.

Ticona, (2001), sostiene que “el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle -cualquiera que este sea- pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad”.

Para el citado autor el debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción), es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir el estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente e independiente, pues, el estado no solo está obligado a prever la prestación jurisdiccional (cuando se ejercita los derechos de acción y contradicción),

sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que se aseguran tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial. Y solo se circunscribe al principio de imparcialidad y que es loable la importancia que le da al sustento axiológico de justicia al debido proceso. Carlos Parodi, asevera que el concepto del proceso, alcanza determinada connotación si le antepone al término debido, pues su sola lectura permitirá presuponer que existe o que puede un proceso “no debido” lo que equivaldría a un proceso indebido, pero si al proceso debido lo relacionamos con la Constitución... posibilitando el debido cumplimiento de los principios de oralidad...”.

El debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Se considera un derecho “continente” pues comprende una serie de garantías formales y materiales. Como tal, carece de un ámbito constitucionalmente protegido de manera autónoma, de modo que su lesión se produce cuando se afecta cualquiera de los derechos que consagra, y no uno de manera específica.

Pero el concepto de debido proceso no se agota en lo estrictamente judicial, sino que se extiende a otras dimensiones, de modo que puede hablarse de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc., pues lo que en esencia asegura el debido proceso es la emisión de una decisión procedimentalmente correcta

con respecto de sus etapas y plazos, y sobre todo, que se haga justicia.

#### ***2.2.1.5.6 Elementos del debido proceso***

Siguiendo a Ticona (1994), “el debido proceso corresponde al proceso jurisdiccional en general y particularmente al proceso penal, al proceso civil, al proceso agrario, al proceso laboral, inclusive al proceso administrativo; y aún, cuando no existe criterios uniformes respecto de los elementos, las posiciones convergen en indicar que para que un proceso sea calificado como debido se requiere que éste, proporcione al individuo la razonable posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada en derecho”.

Emplazamiento válido. “Al respecto, que se debe materializar en virtud de lo dispuesto en La Constitución Comentada, referida al derecho de defensa, en consecuencia, cómo ejercer si no hay un emplazamiento válido. El sistema legal, especialmente, la norma procesal debe asegurar que los justiciables tomen conocimiento de su causa. En este orden, las notificaciones en cualquiera de sus formas indicadas en la ley deben permitir el ejercicio del derecho a la defensa, la omisión de estos parámetros implica la nulidad del acto procesal, que necesariamente el Juez debe declarar a efectos de salvaguardar la validez del proceso” (Chaname, 2009)

“El emplazamiento es el acto por el cual se notifica al demandado; es también el momento en el cual se establece una relación procesal, de allí su importancia para definir varias situaciones importantes, por cierto, siempre que se haya realizado válidamente. Ese es precisamente el sentido del artículo 438°, describir cuales son los efectos que produce el emplazamiento válido” (Lledo, 1998).

Derecho para oír o derecho a audiencia.

Para Salerno (1998) “La garantía no concluye con un emplazamiento válido; es decir no es suficiente comunicar a los justiciables que están comprendidos en una causa; sino que además posibilitarles un mínimo de oportunidades de ser escuchados. Que los Jueces tomen conocimiento de sus razones, que lo

expongan ante ellos, sea por medio escrito o verbal.”

Derecho a tener oportunidad probatoria.

“Los medios probatorios nos conducen a convicción judicial y determinar el contenido de la sentencia; de modo que privar de este derecho a un justiciable implica afectar el debido proceso; las normas procesales regulan la oportunidad y la idoneidad de los medios probatorios. El criterio fundamental es que la prueba sirva para esclarecer los hechos en los litigios y permitan formar convicción para obtener una sentencia justa”.

“La Constitución Política del Perú de 1993, no consagra de forma explícita el derecho a la prueba, la derogada Constitución de 1979 tampoco lo tenía positivado, lo que no quiere decir que la actual Constitución desconozca o que no lo proteja, ya que se encuentra implícitamente reconocido dentro de otros derechos y principios consagrados. Nuestro ordenamiento constitucional no ha previsto expresamente como derecho de orden constitucional el derecho a la prueba, pero su existencia se desprende de los incisos 3 y 14 del artículo 139° de la Constitución, que son normas que consagran como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, y la de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”. (Lozada, 2006).

Derecho a la defensa y asistencia de letrado.

“Esta descripción concuerda con la prescripción del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil: que establece que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, pero en todo caso con sujeción a un debido proceso” (TUO Código Procesal Civil, 2008).

“El derecho a la defensa y asistencia de letrado está regulado en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución el cual, establece dos garantías con la siguiente normatividad: El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o de las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por

cualquier autoridad”. (Sagástegui, 2003).

Derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho, motivada, razonable y congruente.

Para Alzamora (2002). “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende un triple e inescindible enfoque: 1° La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, 2° El obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión, y 3° Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo”.

“La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables”. (Chanamé, 2009).

“Esta prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; que establece como Principio y Derecho de la Función Jurisdiccional: la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Derecho a la instancia plural y control Constitucional del proceso.

(Ticona, 1999). “La pluralidad de instancia consiste en la intervención de un órgano revisor, que no es para toda clase de resoluciones (decretos, autos o sentencia), sino que la doble instancia es para que el proceso (para la sentencia y algunos autos), pueda recorrer hasta dos instancias, mediante el recurso de apelación. Su ejercicio está regulado en las normas procesales. (La casación no produce tercera instancia)”.

Refiere Ovalle(1991) que “Es así que, lo que resulta cautelado en el presente caso es la garantía de que los jueces y tribunales, una vez terminado el

proceso, sean pasibles de ulterior revisión de su actuación y decisión (errores in-iudicando e in-procedendo) sólo si la parte afectada con la decisión así lo solicitase, pues el derecho a la instancia plural es también un derecho público-subjetivo inscrito dentro del principio de la Libertad de la Impugnación, ya que, ninguna persona es infalible en su proceder y los jueces y tribunales están compuestos por personas que tampoco escapan a esta inexorable regla general”

#### **2.2.1.6 El proceso civil**

Domínguez (2000), advierte que para desarrollar “el proceso civil ordinario, debemos partir del proceso judicial como el conjunto dialéctico de actos jurídicos procesales realizados por todos los sujetos procesales con la finalidad de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses o solucionar una incertidumbre jurídica y conseguir la paz social en justicia”.

##### ***2.2.1.6.1 El Proceso Civil en el Perú y en Latinoamérica***

El horizonte teórico contenido en la Partida III irradió su influencia “”durante todos los siglos que duró el dominio español en las tierras conquistadas y luego colonizadas por España. Sea en su texto original o después en sus sucesivas reformas legislativas, tales como la Recopilación, las Leyes de Indias o posteriormente las Reales Cédulas, expedidas estas últimas para ser leyes en las colonias, se advierte que la Partida III constituye el documento procesal más influyente en estas tierras hasta fines del siglo XIX, y en algunos casos de forma indirecta mediante las Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y 1881 -presuntamente modernas-, hasta el mismo siglo

XX. Solo años después de concluidos los movimientos independentistas, se iniciaron los intentos codificadores propios de las repúblicas nacientes. Esto significa que en casi todas las naciones sudamericanas -como el Perú- continuaron rigiendo los ordenamientos españoles después de declarada la independencia. En lo que respecta al proceso civil, el primer logro en el Perú debe adjudicarse al general Andrés de Santa Cruz. El Congreso Constitucional de Bolivia sancionó en 1833-22 años antes de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de España- un ordenamiento procesal de 1534 artículos. Con la vigencia de la Confederación Perú-Boliviana, este código así como otro de procedimientos en sede penal pasaron a regir en el Perú, por decretos de 28 de octubre y 1 de noviembre de 1836, respectivamente. Poco tiempo después, en 1838, estos códigos fueron declarados insubsistentes (sic) por el General Orbegoso, decisión que la extendió al Reglamento Orgánico de Juzgados y Tribunales del 10 de diciembre de 1836, por decreto del 31 de julio de 1838, en el que también ordenó que se aplicara la legislación española vigente antes de 1836, hasta que el Congreso promulgara las leyes respectivas. Se trata de un ordenamiento de excelente factura para la época. Es un ejemplo, por otro lado, de cómo algunos hitos históricos se repiten aun en ámbitos geográficos distintos”.

En la estructura y contenido de este código se advierte la influencia de tres fuentes distintas. “Por un lado, la racionalidad de algunas instituciones del proceso romano, como la lógica en el ofrecimiento, actuación y valoración de las pruebas, la autoridad de la cosa juzgada, entre otras. Por otro, la influencia del proceso germánico expresada en la exigencia de una audiencia de



conciliación previa al inicio del proceso, para citar un ejemplo. Y, finalmente, como no podía ser de otra manera, el Código recibió la influencia de la práctica procesal colonial, por lo que, por ejemplo, empezó a ser estricta y penosamente escrito, más allá de sus antecedentes.

Por cierto, la derogación de los ordenamientos cruceños determinó que el retorno a las leyes españolas significara un caos en su aplicación.

Lamentablemente, el Perú de aquellos años era también un país convulsionado, por lo que la regularización del sistema jurídico tomó más tiempo del debido. Así, solo por ley de 9 de octubre de 1845 se nombró una Comisión codificadora, la que cumplió con su misión. Otra vez una serie de desencuentros postergaron la dación tanto del ordenamiento civil como del procesal civil.

Finalmente, por ley del 5 de junio de 1851 se nombró una comisión especial compuesta por dos senadores y cinco diputados para que examinen, reformulen y corrijan los proyectos de los códigos civil y de procedimientos. Concluida esta revisión, se expidió la ley respectiva y entró en vigencia el 28 de julio de 1852, tanto el Código Civil como el de enjuiciamiento en materia civil. Al margen de su frondosidad y excesivo detalle (formalidad abundante, plazos prolongados y trámites innecesarios), la Ley de Enjuiciamiento en Materia Civil constituyó un hito en la institucionalización del país, en tanto no solo acabó con el uso en territorio peruano de la legislación procesal española, sino también porque puso fin al caos existente en la materia. Sin embargo, a comienzos del siglo XX era imprescindible una reforma en el procedimiento civil. Esta fue la razón por la que el 15 de abril de 1904 se

empezó a reunir -por autoconvocatoria- un Comité de Reforma Procesal. En 1908 el Comité concluyó sus funciones y puso a disposición del Congreso los proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil, de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley del Notariado. Por ley del 15 de diciembre de 1911, se aprobaron los proyectos y se precisó la fecha de inicio de su vigencia para el 28 de julio de 1912”.

El proyecto referido a nuestro tema pasó a ser el Código de Procedimientos Civiles. La poderosa influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 determinó que el Código de Procedimientos Civiles, como le ocurrió a su modelo, no trajera ninguna innovación, a pesar de que los aportes de la ciencia procesal ya estaban en posibilidad de ser aprehendidos. Resulta patético indicar que en la Memoria por la apertura del año judicial de 1942 - treinta años después de su entrada en vigencia-, el Presidente de la Corte Suprema, doctor Carlos Zavala Loayza, decía del Código que: "(...) no ha conseguido desterrar los males y corruptelas que hacen interminables sus procesos, no siendo extraño ver en trámite algunos de mayor antigüedad que el Código mismo". A pesar de la urgencia social de una reforma integral del proceso civil peruano, transcurrieron muchos años sin que nada trascendente ocurriera, a tal extremo que el Código de 1912, a pesar de haber nacido envejecido, se mantuvo vigente durante 81 años.

Si bien en dicho transcurso puede ser posible anotar la existencia de muchas comisiones revisoras o reformadoras y otras tantas modificaciones al Código -más cosméticas que útiles-, describirlas sería en realidad hacer referencia a experiencias frustradas o encubridoras del cambio sustancial que realmente se

requería. Lo cierto es que el Código de 1912 fue recién derogado por el decreto legislativo núm. 768, habiendo entrado en vigencia el actual Código Procesal Civil el 28 de julio 1993.

#### **2.2.1.6.2 El Proceso de Conocimiento**

Juan Monroy Gálvez “manifiesta que el procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que controlan la actividad, participación, y las potestades y deberes de los sujetos procesales, así como también la forma en la que se realizan los actos dentro de un proceso o en parte del mismo. En buena cuenta para Monroy Gálvez un procedimiento son los actos internos del proceso llevados a cabo por los sujetos del proceso quienes impulsan el trámite y le otorgan la respectiva formalidad del caso. Cabe mencionar que el proceso de conocimiento se encuentra inmerso dentro de la etapa postulatoria del proceso”.

El profesor Wilvelder Zavaleta Carruteiro lo define como: "El proceso-patrón, modelo o tipo, en donde se ventilan conflictos de intereses de mayor importancia, con trámite propio, buscando solucionar la controversia mediante una sentencia definitiva, con valor de cosa juzgada que garantice la paz social". El Dr. Ticona Postigo si bien es cierto no señala un concepto o denominación sobre el proceso de conocimiento indica lo siguiente: "Se trata de un tipo de proceso en el que se tramitan asuntos contenciosos que no tengan una vía procedimental propia y cuando, por la naturaleza o complejidad de la pretensión, a criterio del juez, sea atendible su empleo conforme lo señale el Art. 475° del CPC."

Podemos luego definir el proceso de conocimiento como "El proceso que tiene por objeto la resolución de asuntos contenciosos que contienen conflictos de mayor importancia o trascendencia; estableciéndose como un proceso modelo y de aplicación supletoria de los demás procesos que señale la ley" (concepción propia del proceso de conocimiento). Puede decirse que,

el proceso de conocimiento es el proceso modelo por excelencia, porque su aplicación es extensiva a todas aquellas controversias que carezcan de un trámite específico. Inclusive, las reglas del proceso de conocimiento se aplican supletoriamente a los demás procesos. Esta clase de procesos se caracteriza por la amplitud de plazos de las respectivas actuaciones procesales en relación con otros tipos de procesos. Además, la naturaleza de las pretensiones que en él se pueden ventilar –complejas y de gran estimación patrimonial o que versan sobre derechos de gran trascendencia que ameritan un examen mucho más profundo y esmerado por parte del órgano jurisdiccional], refleja su importancia dentro del contexto jurídico.

#### ***2.2.1.6.3 Características del proceso de conocimiento***

Las características que encontramos dentro del Proceso de conocimiento según el doctor Wilvelder Zavaleta Carruitero, son las siguientes:

Teleológico. - Esto dado a que el proceso de conocimiento es esencialmente finalista, porque busca, en definitiva, la solución de los conflictos de intereses, teniendo el valor de cosa juzgada.

Proceso modelo. - Esta sea tal vez la característica más importante de este proceso; ya que según él se guiarán y/o regirán las falencias que se adviertan los otros tipos de procesos. El proceso de conocimiento viene a constituir la columna vertebral de todo el sistema procesal. Todos los institutos como demanda, contestación, excepciones y defensas previas, rebeldía, saneamiento procesal, conciliación, medios probatorios, alegatos, etc. Están a su servicio y han sido elaborados ex profesamente para él.

Importancia.- Ya que es el más importante de todos, porque en él se tramitan todos los asuntos de mayor significación, mayor trascendencia, así por ejemplo, se tramitan en proceso de conocimiento las causas cuyo valor superan las 1000 URP unidades de referencia procesal los conflictos que son inapreciables en dinero, las controversias que no tengan vía procedimental propia.

Tramite propio. - Por la razón de que la ley procesal se ha esmerado en darle al proceso de conocimiento un trámite propio; brinda a los justiciables plazos máximos, le ofrece todas las garantías tanto en la acción como en la defensa, le permite plantear excepciones, defensas previas y hacer uso de todos los medios probatorios e impugnatorios.

Este proceso no se parece a ninguno, por el contrario, los demás toman de él, algunos institutos en forma sucinta, condensada y recortada.

Competencia. El proceso de conocimiento es de competencia exclusiva del Juez Civil (Juez Mixto en el Distrito Judicial), cosa contraria a lo que sucede con los otros tipos de procesos abreviado, sumarísimo y no contencioso, que comparten la competencia, entre el Juez de Paz Letrado y el Juez Civil (Juez Mixto); según sea la cuantía.

Dentro de estas características se podría señalar o colegir de todas las anteriores una sexta (una adicional).

Autenticidad ya que el proceso de conocimiento es el más auténtico de todos; esta característica va de la mano principalmente de la característica de que es un tipo modelo (característica número 2); es auténtico porque no deviene de

otros tipos de procesos y no copia algún aspecto de estos.

#### **2.2.1.6.4 Los Presupuestos Procesales**

2.2.1.6.4.1 *Concepto de Parte Procesal.* “La noción de parte dentro de la moderna ciencia procesal posee básicamente dos enfoques que buscan definirla a plenitud. Uno primero, para el que, la parte puede coincidir o no con el sujeto de la relación jurídica sustancial, objeto del proceso, siendo para esta postura un concepto puramente procesal. Y uno segundo que considera que parte no es solo el sujeto del proceso, sino también el sujeto de la relación jurídica sustancial objeto de este último, constituyendo para este criterio un concepto no solo procesal sino también material”.<sup>1</sup> “En ese sentido, y dentro de la segunda postura señalada, Satta nos dice que La determinación de la parte implica a menudo cuestiones de derecho sustancial (si una situación jurídica determinada legitima para proponer una determinada acción) no fáciles de resolver”.<sup>2</sup> Del mismo modo Carnelutti afirma que "la palabra parte tiene, por tanto, un doble significado; para evitar confusión, al sujeto de la litis se le denomina parte en sentido material; y al sujeto del proceso se llama parte en sentido procesal" <sup>3</sup>. De igual forma D'onofrio establece esta distinción y afirma que "parte en sentido formal, es aquel que está en juicio bien como actor, bien como demandado, y que por el solo hecho de estar en juicio tiene o puede tener algunos o todos los derechos y deberes de las partes. Parte, en sentido material, es aquel en cuyo interés o en contra del cual se provoca la intervención del poder jurisdiccional" <sup>4</sup>. Pudiéndose observar que tal "distinción [...] está claramente sobre el mismo plano de aquélla entre legitimado ad causam y parte" <sup>5</sup>. En igual sentido Rocco observa "que el

concepto de parte es conexo y se compenetra con el concepto de sujeto legitimado para accionar, activa y pasivamente, ya que sólo dichos sujetos pueden elevarse a la calidad de partes" 6. Con el mismo parecer Jaeger nos conmina a usar "la palabra parte para indicar exclusivamente al titular del interés instrumental al proveimiento (sujeto de la litis), mientras para designar en conjunto a aquellos que desarrollan en el proceso una actividad, no imparcial como aquella del órgano jurisdiccional o de los auxiliares de este, pero dirigida al desenvolvimiento y -posiblemente- a la actuación de uno o de otro de los intereses en conflicto, usaremos la expresión de sujetos procesales parciales, siendo por ello parte solo quien es considerado por el ordenamiento jurídico como titular del interés en conflicto" 8 . “Ahora frente a estas dos posturas, nosotros nos inclinamos por la primera, la cual viene aceptada por la mayoría de la doctrina, que entiende que el concepto de parte debe buscarse únicamente en el proceso”, “pues la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante el juez: La persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone, adquieren sin más, por este solo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibile (circunstancias todas ellas que podrán tener efecto sobre el contenido de la providencia), basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente las partes” 10 . Así, podemos afirmar que "el concepto de parte es un concepto exclusivamente procesal: deriva del concepto de relación jurídica procesal [...] Parte es

precisamente quien, en nombre propio, actúa o contradice en el proceso, o en cuyo nombre, se actúa o se contradice. Partes son los sujetos activos y pasivos de la demanda judicial, o sea los sujetos que provocan y aquellos enfrente a los cuales es provocada la constitución de la relación jurídico procesal." "En este mismo sentido se expresa Rosenberg al afirmar que "partes en el proceso civil son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita, la tutela jurídica estatal [...] Para la posición de parte procesal no tiene importancia si el actor es el poseedor del derecho y si el demandado es el verdadero obligado o afectado. Muchas veces de acuerdo con el derecho material, están facultados para la gestión procesal y son partes personas distintas de los portadores del derecho o de la relación jurídica controvertidos" 12. Ahora, siendo las partes "sujetos de los derechos y las cargas procesales. En todo proceso civil han de intervenir dos; no se concibe una demanda contra sí mismo, ni siquiera en calidad de representante de otra persona. Se llama actor al que solicita la tutela" 13. "Este principio del cual resulta que todo proceso presupone dos partes, de las cuales la una solicita tutela jurídica contra la otra, es el llamado de dualidad de las partes, resultando de aquél que nadie puede litigar consigo mismo, ni siquiera como representante de otro, o litisconsorte o como interviniente adhesivo del adversario." 14. En tal sentido Bonini nos dice que "el término parte es genérico. Varias son, como hemos visto, las partes que pueden intervenir en el proceso civil: El demandante (actor), el demandado (reus), el interviniente, el garante, el ministerio público. Las primeras dos son esenciales. Sin ellas no puede tenerse proceso civil, las otras pueden en cambio faltar" 15. "De lo



dicho anteriormente, queda absolutamente claro que estamos haciendo referencia a un concepto de parte exclusivamente procesal, siendo partes, las que en tal condición figuran en el proceso y solo por esa razón, independientemente de los sujetos que puedan integrar la relación jurídica material controvertida. Siendo por ello parte, el dominus litis, aquel que asume la titularidad de las relaciones procesales, con las cargas, obligaciones, expectativas y responsabilidades, inherentes a su posición” 16. Podemos observar de este modo, que el concepto de parte "no se identifica con la titularidad de los derechos y las obligaciones materiales que son causa del mismo, ya que se puede iniciar un proceso mediante el ejercicio de una acción por quien afirme un derecho que realmente no le pertenece o seguirse contra quien no sea obligado por derecho material; e igualmente el proceso puede ser incoado y seguido por personas a quienes la ley atribuye la facultad de ejercer en él una titularidad jurídico material ajena, y entonces solo son partes en sentido formal. La parte en el proceso es, pues, simplemente el dominus litis" 17. “De esta manera, la parte en sentido procesal viene a ser cualquiera que promueva, un proceso civil en las formas de ley, con razón o sin ella, hasta por capricho o equivocación, no importa esto.” “Observándose, además, que dichas partes se hallan situadas en una posición jurídica doble y contradictoria, ya vista anteriormente, conocida como el principio de dualidad de partes, el cual significa que en todo proceso aparecen las partes en dos posiciones. Una demandante que es aquella que pretende y otra demandada frente a la que se pretende la actuación de una norma legal, determinándose ambas posiciones por la simple presentación de la demanda” 20.

“Resumiendo lo dicho podemos afirmar que será parte aquel que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquel frente al cual ésta es demandada” 21. “Siendo indiferente que esas personas sean físicas o jurídicas 22 y considerando que, cuando una persona actúe en nombre de otra, sea por representación voluntaria o legal, parte es en estos casos como siempre el representado, no el representante” 23. “Siendo las partes los elementos procesales, sustentadores por sí mismos, del conflicto sometido al juzgador y cuyo concepto se agota por ello en la constatación de los sujetos que participan en el proceso, desde el inicio de éste, o de manera sobrevenida, adquiriendo la calidad de parte con el simple hecho de proponer la demanda o ser citado” 26. Finalmente, “podemos aproximarnos a un concepto de parte que a nuestro entender pueda ser más preciso y fecundo, según el cual, parte será aquella que, en nombre propio, o en cuyo nombre, se demanda o contradice en un proceso, quedando fijada la titularidad activa o pasiva de ésta, en la relación jurídica procesal, por medio de la demanda. Asumiendo por ello todos los derechos, cargas y obligaciones del proceso. Siendo este concepto exclusivamente procesal e independiente de la relación jurídica sustancial controvertida, el cual sirve como instrumento para la participación en el proceso de los sujetos destinatarios de los efectos, sean estos directos o indirectos de la providencia jurisdiccional, velándose así por el derecho de defensa”.

2.2.1.6.4.2 *Capacidad para ser Parte.* “Comencemos nuestro análisis, manifestando que existe un sector de la doctrina que no es partidario de distinguir la capacidad de ser parte, de la capacidad de estar en juicio,

conceptos que engloban bajo el término de capacidad procesal en general, y a los cuales entienden como uno solo”. De tal parecer es Satta al decirnos que “el problema inmediato que se plantea el derecho procesal, en relación a la parte, es el de la disciplina en su participación en juicio. Problema que suele indicarse como de capacidad procesal (*legitimatío ad procesum*). Suele distinguirse esta capacidad en capacidad para ser parte y capacidad para estar en juicio, observando que la primera corresponde a la capacidad de derecho y la segunda a la capacidad de obrar. Así planteada, la distinción es fruto de un malentendido, porque, siendo la parte el sujeto concreto del proceso, la capacidad de ser parte no puede dejar de identificarse con la capacidad para estar en juicio. Lo cierto es que la llamada capacidad para ser parte no corresponde sino que se identifica con la capacidad de ser sujeto de derecho, y éste es un problema totalmente extraño al derecho procesal” En tal sentido “la capacidad procesal no es otra que la capacidad de obrar referida al cumplimiento de los actos procesales”. “Se suele contraponer la capacidad de obrar en el proceso (*legitimatío ad processum*) a la capacidad de ser parte: sin embargo, si se entiende esta capacidad en concreto, es decir como capacidad de adquirir la calidad de parte en el proceso, ésa no es otra que la misma capacidad procesal; ahora, si se entiende en abstracto como capacidad jurídica, la contraposición es falaz, porque se trata de términos no homogéneos. En efecto la capacidad jurídica no está determinada por el derecho procesal, sino por el sustancial, el cual establece quiénes son sujetos de derecho, cómo se adquiere la personalidad jurídica, y en qué forma los

entes privados de personalidad pueden estar en juicio”.

A nuestro entender, y siguiendo la doctrina mayoritaria, “son plenamente diferenciables la capacidad para ser parte y la capacidad para estar en juicio (es decir la capacidad procesal), siendo ambos conceptos totalmente distintos. Así, las nociones de capacidad jurídica y capacidad de obrar, o lo que es lo mismo de goce y de ejercicio, ambas contrapuestas y complementarias se proyectan del derecho sustancial al procesal; en el cual la capacidad jurídica se llama capacidad para ser parte, y la capacidad de obrar se denomina capacidad procesal o para estar en juicio.” 36. De tal forma podemos afirmar que “la capacidad jurídica es la idoneidad para ser sujeto de derecho: a ella corresponde lógicamente la idoneidad para ser parte en un proceso (capacidad para ser parte), la cual corresponde a todas las personas físicas y jurídicas, y además a algunas colectividades organizadas y patrimonios autónomos.” En igual sentido Goldschmidt nos dice que “tienen capacidad para ser parte todos los que posean capacidad jurídica, y es capaz, por lo tanto, toda persona natural o jurídica”. Del mismo parecer es Costa al afirmar que “el poder de ser parte, es una manifestación de la capacidad jurídica [...] Pudiendo decirse entonces que pueden ser parte las personas físicas y jurídicas, es decir, aquellas pasibles de ser sujetos de derecho” 39. En tal sentido “la capacidad de ser parte en el proceso corresponde a quien tenga capacidad jurídica” 40, esto es, a aquél, que pueda tener derechos y obligaciones jurídicas 41, entendiéndose que el problema de la capacidad jurídica “es cuestión a la que contestan no el derecho procesal, sino los preceptos del derecho civil y del derecho público”. Esto último se desprende del hecho que “la capacidad para

ser parte es un concepto derivado. Es la subjetividad jurídica de derecho privado, la capacidad para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas civiles. De allí se sigue que no habrá capacidad para ser parte cuando no halla capacidad jurídica de derecho privado” 43. “Establecida tal premisa, no es difícil indicar quien tiene la capacidad de ser parte en el proceso: y por consiguiente la poseen tanto la persona física – y en algunos casos el solo concebido – como la persona jurídica”, es decir, “todos aquellos que puedan proponer un objeto de un proceso poseen la capacidad jurídica procesal, o lo que es lo mismo, la capacidad para ser parte en él. Y pueden proponer ese objeto, solicitando justicia o tutela jurídica, quienes sean titulares de un derecho concedido por el orden jurídico material o el procesal. Y como en el proceso se originan derechos procesales, se imponen cargas y se establecen responsabilidades, cabe decir que esta capacidad es la que faculta para ser sujeto de derechos procesales, estar sometido a las cargas del proceso y asumir las responsabilidades que del mismo se derivan” 45, o lo que es lo mismo “es la capacidad para ser sujeto de una relación procesal, es decir para ser demandante, demandado o interviniente” 46. De tal forma la capacidad para ser parte “se refiere a la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realidad jurídica que es el proceso. Estamos aquí ante el correlativo de la capacidad jurídica” 4 la cual corresponde a “todo aquel a quien el ordenamiento le reconoce o le otorga personalidad jurídica, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones” 48. En igual sentido Redenti nos dice que “a quienquiera (persona física o persona jurídica) que tenga la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas y por

tanto también de acciones o de excepciones [...] , hay que reconocerle (y nuestro ordenamiento se lo reconoce efectivamente) también la capacidad subjetiva de ser parte en un proceso” 49. Resumiendo todo lo expuesto, podemos afirmar que la capacidad para ser parte “no es otra cosa más que la capacidad jurídica aplicada al proceso civil, es decir la capacidad de ser objeto de relaciones jurídico procesales; como tienen capacidad jurídica, también tienen capacidad de ser parte toda persona física viviente y las personas jurídicas”<sup>50</sup>. Siendo ésta última, no otra cosa más “que la capacidad jurídica trasladada o proyectada en el proceso” 51, la cual “faculta a un sujeto para ser titular de expectativas y cargas procesales” 52 y “constituye a su vez un presupuesto procesal 53. Aunque algún sector de la doctrina la considera una condición de la acción” 54. Por último, “podría quedar fijado el concepto de capacidad para ser parte como aquél que se reconoce a todo el que posee capacidad jurídica (o lo que es lo mismo capacidad de goce), pudiendo por ello ser sujeto de una relación jurídico procesal, y con ello titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan del proceso, correspondiéndole tal aptitud a las personas naturales y jurídicas, así como a ciertos grupos organizados y patrimonios autónomos”.

*2.2.1.6.4.3 Capacidad Procesal.* “Podemos iniciar este punto afirmando que, si la capacidad para ser parte es el correlativo de la capacidad jurídica, la denominada capacidad procesal (o capacidad para comparecer en juicio, o capacidad para obrar procesal, o capacidad de actuación procesal) es el correlativo de la capacidad de obrar. En este orden de equivalencia (que no de identidad), esta segunda capacidad alude a la aptitud para realizar

válidamente actos procesales” 56, pues, la sola "capacidad para ser parte no basta para tener plena aptitud como parte en un proceso. Es suficiente, sí, para figurar como tal parte, pero no para realizar eficazmente los actos procesales que a las partes están atribuidos. Pues esto exige un grado superior de capacidad, la capacidad de obrar procesalmente o capacidad procesal" 57. En ese mismo sentido "como no todos los que poseen capacidad jurídica tienen también la capacidad de obrar, vale decir de ejercer sus propios derechos, así también no todos los que poseen la capacidad de ser parte tienen también la capacidad de estar en juicio, vale decir de promover el proceso o defenderse en éste, de cumplir actos procesales válidos" 58. De tal forma podemos afirmar que "capacidad procesal es la capacidad para realizar actos procesales, es decir la capacidad para llevar un proceso como parte, por sí mismo o por medio del apoderado procesal a quien se le haya encomendado" 59. Dicho de otro modo es la capacidad de actuar procesalmente con eficacia jurídica por cuenta propia o ajena 60, esto es, "la capacidad para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, por sí mismo o mediante representante designado por uno mismo" 61 , la cual pertenece "a las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos respecto a los cuales se pide, en el mismo proceso, una tutela jurisdiccional, y estas disposiciones nos remiten a las normas de derecho sustancial" 62 , o lo que es lo mismo, el libre ejercicio de los derechos que en él se hacen valer, puesto que estar en juicio "no quiere decir otra cosa que cumplir los actos en que se resuelve la actividad de las partes en el proceso, la ley pone así a los actos de parte el requisito de la capacidad exigiendo para el cumplimiento de los actos procesales de parte las

mismas cualidades que la persona debe tener para el cumplimiento eficaz de tales actos mediante los cuales ejercita el derecho hecho valer en el proceso; coincidiendo por tanto, la capacidad del derecho material y la capacidad del derecho procesal" "debiendo buscarse por ello, las normas que regulan la capacidad procesal en el derecho material, pues la realización eficaz del acto procesal exige la capacidad prevista en dichas normas, para los actos de la clase a que pertenezca aquel"

En ese mismo sentido se expresa Calamandrei al afirmar que:

"la capacidad procesal pertenece sólo a las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en él se hacen valer, de modo que las personas que no tienen el libre ejercicio de los derechos no pueden estar en juicio más que representados, asistidos o autorizados según las normas que regulan su capacidad, puesto que esta figura implica la capacidad de estar en juicio por sí y de cumplir válidamente los actos procesales; y corresponde a las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos, es decir la capacidad de ejercitar los derechos sin limitaciones, siendo la expresión de idoneidad de la persona para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales."

"Resumiendo lo dicho hasta el momento, podemos afirmar que capacidad procesal es "la capacidad de estar en juicio, realizando actos jurídicos procesales en nombre propio o por cuenta ajena. Es a saber la capacidad de obrar del derecho privado aplicada al proceso" 70 , es decir la capacidad de actuar en el proceso, realizando actos de voluntad con efecto jurídico, o lo que es lo mismo negocios jurídicos procesales ", conocida como "legitimación formal (legitimatio ad procesum) que no debe confundirse con la legitimatio ad causam, que es la legitimación para accionar" '2 , la que "se reconoce a los sujetos con capacidad de obrar civil, como aptitud para comprender la trascendencia de los actos procesales y para hacerse cargo de sus consecuencias, como también para realizar válidamente tales actos" 73 .



“Existiendo algunos casos en que esta coincidencia, que es la regla, entre la capacidad de obrar del derecho sustancial y la capacidad procesal, no se mantiene; y en los cuales la capacidad procesal se reconoce excepcionalmente a personas que no tendrían en general, según el derecho sustancial, la capacidad de obrar<sup>74</sup>. Constituyendo así, esta figura, en propiedad, un presupuesto procesal. <sup>75</sup> Finalmente podemos definir el concepto de capacidad procesal (persona legitima standi in iudicio) como la aptitud de realizar activa o pasivamente actos jurídico procesales con eficacia, en nombre propio o por cuenta ajena, que poseen las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en el proceso se hacen valer, siendo este concepto el reflejo procesal de "la capacidad de obrar" del derecho civil, y por ende necesaria la remisión a este último, para conocer en el caso concreto sus alcances. No siendo esta correspondencia una regla absoluta, puesto que admite algunas excepciones. Esta figura viene regulada por el artículo 58 de nuestro Código Procesal Civil, el cual la denomina "capacidad para comparecer en un proceso", lamentablemente, pese a ser por demás adecuada su definición, al decir "o para conferir representación designando apoderado judicial", no sólo resulta ocioso, sino que se presta a confusión, pues, siendo la capacidad procesal el equivalente de la capacidad de ejercicio del derecho civil, es por ello evidente que quien la posee, podrá entonces nombrar a un apoderado”.

2.2.1.6.4.4. *El objeto del proceso.* Por tanto, el objeto del proceso civil, es decir, el tema sobre las partes debe concentrar su actividad procesal y cual las sobre el cual el juzgador debe decidir (thema decidendum), no puede estar

formado sólo por la petición de la parte actora o acusadora, ni por la "pretensión" de ésta, aún entendida en el sentido que le atribuye GUASP. Limitar el objeto del proceso a la petición de la parte actora o acusadora, significa considerar este tema exclusivamente desde el punto de vista de dicha parte, como si fuese la única con derecho de obligaciones y cargas del proceso. El objeto de proceso es el litigio planteado por las dos partes en consecuencias, dicho objeto está constituido tanto por la declaración formulada por la parte actora o acusadora, como por la defensa o excepción hecha valer por la parte demandada o inculpada; en ambos casos, con sus respectivos fundamentos de hecho y derecho. El proceso es la solución imparcial, de un órgano de autoridad Estado, el juzgador, que interviene a instancia de una de las partes y cuya autoridad deriva del imperio del propio Estado y de la fuerza de la ley.

Para que intervenga el órgano jurisdiccional del Estado no es necesario que las partes hayan acordado previamente someterse a este órgano del Estado; no es requisito un acuerdo previo ni obviamente posteriores. Al igual que en el arbitraje, en el proceso hay un litigio, pero en el segundo, a diferencia primero, no se requiere que haya acuerdo entre partes para someter sus diferencias a determinada solución. Basta con que uno solo de los interesados decidan someter la controversia al conocimiento del órgano jurisdiccional competente del Estado, para que, por el imperio de éste y la fuerza de la ley, la otra parte queda sujeto al proceso que se siga ante ese órgano jurisdiccional del Estado; y, asimismo, ambas partes estarán.

#### **2.2.1.6.5. Finalidad del proceso civil**

Carrión (2000) Refiere que “la finalidad es dar solución al litigio planteado por las partes, a través de la sentencia que debe dictar el juzgador. El fin del proceso es el hacer efectivo los derechos sustantivos al momento de la resolución de un determinado conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, Mientras que la finalidad del proceso, en sentido abstracto, será el logro de la paz social en justicia”.

“El primer párrafo del artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil manifiesta que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales (finalidad concreta), hacia el fin de lograrla paz social en justicia (finalidad abstracta). La finalidad concreta del proceso es, resolver un conflicto de intereses (proceso contencioso) o eliminar una incertidumbre jurídica (proceso no contencioso), a través de un conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto la satisfacción del interés público o general y la debida protección de los derechos afectados”. (Hinojosa, 2001).

#### **2.2.1.7 Los puntos controvertidos en el proceso civil**

Los puntos controvertidos, Los puntos controvertidos en el proceso nacen de los hechos alegados en la pretensión y de los hechos invocados para la resistencia de la pretensión en el ejercicio del contradictorio. En este sentido sólo requieren prueba los hechos afirmados que sean a la vez, discutidos y discutibles; quedando excluidos de prueba los hechos confesados, los otorios, los que tengan en su favor presunción legal, los irrelevantes y los imposibles. Por otro lado, la distinción entre hechos sustanciales y hechos accesorios tiene radical relevancia en tanto que va a determinar los hechos materia de prueba; ya que la discusión en el proceso no puede versar sobre aspectos accesorios sino sobre los puntos sustanciales que sustentan la pretensión.

Sobre el particular el peruano Jorge Carrión Lugo ha reiterado que los hechos controvertidos son los hechos esgrimidos como sustento de una pretensión procesal, tanto en la demanda como en la contestación de la misma, vinculados a la cuestión controvertida. En resumen, podríamos concluir que los puntos controvertidos no son las pretensiones procesales propuestas por las partes, sino los hechos que las sustentan y que han sido contradichos por la parte contraria; pues, como lo señala el profesor Jorge Carrión Lugo “los puntos controvertidos, debemos entender que se refieren a los hechos sobre los cuales existen discrepancias entre las partes. Es que son los hechos los que van a ser objeto de los medios probatorios; son los hechos los que van a ser materia de probanza.

#### ***2.2.1.7.1 Los puntos controvertidos y el código procesal civil peruano***

El Código Procesal Civil Peruano ha abordado el tema de los Puntos Controvertidos en diferentes artículos, pero de manera no siempre uniforme y ha dejado a la jurisprudencia su determinación práctica en el proceso. Así el art. 188 del C.P.C. estipula que “los medios probatorios tiene por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos”; con lo que el código diferencia claramente entre los hechos expuestos por las partes y los puntos controvertidos que refuerzan sobre los que versa el proceso. Las referencias a los Puntos Controvertidos también aparecen de los artículos 471 y 122 inc. 1, que efectivamente exigen “en la audiencia sin conciliación la fijación de Puntos Controvertidos y de manera muy especial, aquellos Puntos Controvertidos que van a ser materia de prueba”.

En esta última parte lo que llama profundamente la atención es la disquisición de un lado de los "puntos controvertidos a secas" y por otro lado "los puntos controvertidos materia de prueba", esto significa acaso que existen puntos controvertidos que no son materia de prueba. Una posible explicación del art. 471 implicaría asumir la existencia de hechos discutidos pero cuya probanza es innecesaria, o la presencia de hechos accesorios discutidos en los que no interesa determinar su verosimilitud; al respecto Juan Morales Godo ha señalado que en caso de producirse conciliación "el Juez procederá a enumerar los puntos controvertidos, y en especial los que van a ser materia de prueba. No todos los hechos descritos en la demanda en forma enumerada deben ser objeto de prueba, ya que los que han sido aceptados por la parte demandada o aquellos hechos notorios no requieren probanza.

Como no todos los hechos merecen ser probados, el juez selecciona los medios probatorios ofrecidos idóneos que sirvan para acreditar los hechos controvertidos seleccionados por el juzgador", .Esta interpretación confunde un poco a la etapa de fijación de los Puntos Controvertidos con la etapa de calificación de procedencia y pertinencia que merecen los medios probatorios de acuerdo al art. 190 del C.P.C.; puesto que los ejemplos citados son casos evidentes de hechos no controvertidos y no pasibles de controversia. Aunque lo rescatable de este comentario resulte su segunda parte cuando se agrega que el juzgador seleccionará los "hechos controvertidos" y " los medios idóneos para probarlos"; ya no son Puntos Controvertidos sino hechos controvertidos, lo que nos llevaría a entendernos con varias clases de hechos controvertidos que a su vez serán materia de prueba.

Romero (2002) afirma que “son hechos alegados los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de demanda, reconvención y contestaciones y que son objeto de prueba cuando son afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra”. (p. 341).

#### ***2.2.1.7.2 Nociones***

“Dentro del marco normativo del artículo 471 del Código de Procesal Civil los puntos controvertidos en el proceso pueden ser conceptuados como los supuestos de hecho sustanciales de la pretensión procesal contenidos en la demanda y que entran en conflicto o controversia con los hechos sustanciales de la pretensión procesal resistida de la contestación de la demanda”.

(Coaguilla, s/f).

#### ***2.2.1.7.3 Los puntos controvertidos en el proceso judicial en estudio.***

Los puntos controvertidos determinados fueron:

En la presencia del demandante, y representante del Ministerio Público, se dijeron los hechos materia de probanza de la demanda de los siguientes:

Determinar o establecer si ha transcurrido el plazo por un periodo ininterrumpido mayor de dos años en los términos referidos por el demandante teniendo en cuenta lo sostenido por la demandada en el punto dos de la absolución de demanda, entre los cónyuges M.P.M y M.N.B.S.

Determinar si el demandante se encuentra al día en el pago de las pensiones alimenticias a favor de su cónyuge e hijos. Determinar quién fue el cónyuge responsable de la separación de hecho que se va para los efectos de la indemnización dispuesta por ley. Respecto de los alimentos, de la sociedad de gananciales.

### **2.2.1.8 La prueba**

Alude a la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia. Es el establecimiento, por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama.

“Probar es verificar, confirmar, demostrar, etc. Es este un concepto suficiente acotado desde un dato tuitivo.”

Para DEVIS ECHANDIA, “Suele hablarse con mayor frecuencia, de que es prueba judicial todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, objetos, y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de un tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducta para que se llegue al juez el conocimiento de la cuestión debatida o planteada sin litigio en cada proceso”.

En consecuencia, los medios probatorios vienen a constituir aquellos instrumentos de los que se valen las partes en el proceso a través de los cuales se derivan o genera la prueba, debiendo destacar que para el citado autor existen dos tipos de prueba, la prueba extra judicial y la judicial, esta última sería aquella incorporada y desarrollada en el proceso judicial y la otra simplemente aquella que no obra en el proceso.

La prueba busca la demostración de los hechos propuestos por las partes en el proceso. Es la materialización o comprobación de la existencia de un acto que llega a conocimiento del juez y que de esta manera contraste lo afirmado por los sujetos procesales para en su caso, darle o no la razón en su decisión.

En un concepto amplio y preciso se ha dicho que la prueba es la comprobación judicial por los medios que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende; El concepto de verdad es un concepto filosófico y corresponde al campo de la gnoseología

y la ontología; significa adecuación de una idea con la realidad. Este tipo de verdad estricta solamente es accesible en el área del conocimiento de las ciencias matemáticas, físicas o naturales. En cambio, en el sector de las ciencias sociales la obtención de la verdad se encuentra limitada por diferentes circunstancias. El primer límite se manifiesta por la amplitud o restricción que en el actuar procesal la ley impone a los sujetos procesales. Así nuestra ley formal que se basa en el sistema dispositivo confiere a las partes de modo exclusivo la tarea de aportar y producir las pruebas que hacen a sus respectivas pretensiones. Es que, en el proceso civil dispositivo, el juez tiene sus poderes limitados y carece de iniciativa probatoria; consecuentemente la ley impone a las partes la carga de acreditar los hechos y en consecuencia deben ofrecer, diligenciar e instar producción de los medios probatorios que hacen a sus pretensiones.

La búsqueda de la verdad se encuentra limitada, además, no sólo por disposiciones legales, sino también por elementos de carácter fáctico. Así, por ejemplo, puede suceder que una demanda y su correspondiente contestación no reflejen exactamente la forma en que ocurrieron los hechos; ello puede ocurrir simplemente porque las partes los plantearon en forma diferente al fundar sus respectivas pretensiones o porque los elementos corroborantes fueron insuficientes o parciales; otro límite de hecho se configura en la producción de la prueba; por ejemplo la declaración de un testigo a veces relata de una manera diferente de lo que efectivamente vio, presenció o sintió y ello sucede; ya sea porque la conducta de este sujeto es maliciosa o mendaz o simplemente porque por el transcurso del tiempo la fragilidad de la



memoria, edad avanzada o la falta de habilidad del testigo para relatar el hecho y por la mayor o menor capacidad perceptiva. La distancia entre “prueba y “verdad” viene a explicar el porqué de los errores judiciales, pues se ha dicho hasta el cansancio, y con razón, que la verdad no siempre se puede probar, y de reverso que en el proceso a diario se intenta probar lo falso. La exclusión de la verdad como valor absoluto nos conduce a aceptar una concepción más humana y real del proceso judicial, esto es su “relativismo” representado por la “certeza” acerca de cómo han ocurrido los hechos litigiosos necesarios para fundar el decisorio. Además, no existe otra salida frente a “los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone y en particular porque la prueba es sometida a un juicio de valor y como tal puede ser acertado o errado. Es decir, la valoración es esencialmente humana y de suyo en oportunidades resulta imperfecta o incompleta, cuando no oscura o equívoca.

En la actualidad, la distinción entre los clásicos conceptos de verdad real o formal ha sido sustituida por la de verdad jurídica objetiva. Éste ha sido elaborado y desarrollado a lo largo de años por la doctrina y la jurisprudencia. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso, va precisando esta noción y la de exceso de rigor formal o exceso ritual manifiesto. Los desarrollos son extensos y significativos y marcan hitos en el tema de la prueba. Entre sus argumentos de mayor relevancia está el que expresa que no puede el órgano jurisdiccional renunciar a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva por razones estrictamente formales.

La actividad probatoria puede ser definida como el esfuerzo que realizan

todos los sujetos procesales tendientes a incorporar al juicio elementos y medios probatorios con el fin de acreditar hechos contenidos en las pretensiones opuestas esgrimidas en juicio. El objeto de la prueba son los hechos que pueden ser considerados desde un doble enfoque. El primero alude a los que deben ser probados en cualquier proceso hipotético y el segundo se refiere a la prueba de los hechos en un proceso determinado. Aceptado entonces que el objeto de la prueba son los hechos, debe señalarse que según lo disponga cada ordenamiento positivo, podrá serlo cualquier hecho, aun los ajenos a la causa o hechos calificados de alguna manera: por ejemplo, los hechos controvertidos que son los afirmados por una de las partes y negados por la contraria. Así, el tema de los hechos como el objeto de la prueba merece algunas precisiones. En primer lugar, debe señalarse que el hecho admitido está exento de prueba, ya que no resulta necesario acreditar lo que el adversario dice en idéntico sentido (admisión expresa). Sin embargo, la admisión de los hechos puede ser simple o calificada. De la primera especie son los hechos que se aceptan lisa y llanamente por la contraria sin salvedades. Es calificada cuando se acepta éste, pero se introducen aclaraciones o explicaciones o se les atribuye una configuración jurídica diferente; por ejemplo, frente a la aseveración del demandante de que entregó una suma de dinero en préstamo, el accionado puede decir: “Es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación”. En síntesis, la admisión simple y expresa torna innecesaria la realización de prueba respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho

modificativo. Por otra parte, el hecho admitido produce dos consecuencias inmediatas en el campo de los derechos disponibles; la primera es que obliga al juez a tener por cierto la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; la segunda es que debe tenerlo por suficientemente acreditado sin necesidad de prueba adicional. Debe advertirse, además, que la admisión expresa y la tácita producen efectos distintos que provienen del diferente efecto jurídico que al silencio le asigne la ley. Así, la admisión tácita puede ser eficaz cuando la ley otorga al silencio el valor y alcance de una confirmación; es decir, cuando la ley impone la obligación de expedirse. La doctrina procesal en este aspecto se encuentra dividida; por una parte, se sostiene que el silencio surte los efectos de la confesión ficta; otros prefieren adjudicarle el valor de manifestación de la voluntad sugerida ante la obligación legal de expedirse.

El órgano de prueba es el sujeto que suministra el elemento probatorio. Así, en la testimonial el testigo, en la pericial el perito, etcétera. Los medios son las vías o caminos legalmente regulados tendientes a lograr el ingreso del elemento de prueba en el trámite judicial. Objetivamente, los medios de prueba se presentan como complejas regulaciones procesales que tienen raíces en el derecho sustantivo; pueden ser clasificados atendiendo a su objeto, al resultado al que conducen y al tiempo de su producción. En la primera distinción encontramos medios directos o indirectos, según que su objeto se halle constituido por el hecho mismo a probar o por uno distinto de él. Es decir, serán directos o indirectos según sea el contacto que tenga el magistrado con el objeto de la prueba o, dicho de otra manera, por la forma de conocer que tenga el juez de los hechos. Así, son directos cuando el juzgador

percibe el hecho objeto de prueba sin intermediarios, por la simple percepción de sus sentidos; tal sucede, por ejemplo, con la prueba de reconocimiento o inspección ocular en la que el juez observa, sin intermediarios, los hechos a verificar. En cambio, en los indirectos lo que percibe el juzgador es un hecho diferente que le sirve de antecedente para deducir el hecho que se trata de probar; es decir, el medio indirecto le suministra al juez razones a utilizar en el juzgamiento como, por ejemplo, la prueba presunción, la testimonial, etcétera. El segundo criterio tiene en cuenta el resultado del procedimiento probatorio; se atiende al grado de convicción que logra el tribunal con la información obtenida con la prueba. En este sentido puede suceder que un solo medio de prueba sea capaz de lograr el convencimiento total del juzgador; estaremos en presencia de lo que se llama prueba plena, perfecta o completa. Ella es la que da certeza por sí sola para decidir y fundar una resolución (por ejemplo, la prueba de confesión expresa). Pero es difícil que el juez logre fundar su sentencia con un solo medio de prueba. Lo común es que la convicción se logre por varios medios que, combinados, se complementan entre sí. Estaremos en este caso en presencia de pruebas imperfectas incompletas o compuestas; como la terminología lo indica, se trata de una prueba insuficiente por sí misma para crear en el espíritu del juez, la persuasión de la verdad o para fundar un juicio.

#### ***2.2.1.8.1 Objeto de la prueba***

El objeto de la prueba es el hecho que debe verificarse y sobre el cual el juez emite un pronunciamiento. Es demostrar la verdad de los hechos propuestos por las partes al momento de interponer la demanda (por parte del

demandante) y al momento de contestar la misma (por parte del demandado). Es todo aquello susceptible de demostración por las partes ante el juez, sobre la verdad o existencia de un hecho, materia de las pretensiones propuestas, pudiendo ser estos pasados, presentes o futuros.

#### ***2.2.1.8.2 Carga de la prueba***

Es el gravamen que recae sobre las partes quienes deben facilitar el material probatorio al juez para que este pueda formar sus convicciones sobre los hechos alegados o invocados. Sin embargo, el juez de acuerdo a las particularidades de cada caso y tomando en cuenta la normativa o sistema correspondiente podrá disponer la incorporación de determinada prueba al proceso, a esta figura excepcional, se le denomina prueba de oficio.

“El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que sólo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; tiéndase que, bajo la carga de aportar quien afirma, esa posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no prácticamente nula. De modo tal que, al enfrentar estas conceptualizaciones con la dinámica probatoria, nos parece que el límite está siempre en los hechos. Son ellos los que dominan el proceso, y el juez no puede investigar más allá de lo que ellos expresaron.”

Entonces, la carga de la prueba está referida a establecer quién va a ser el sujeto procesal que ha de producir la prueba de los hechos alegados por estas y qué serán materia de la resolución final. Constituye más que un derecho, una obligación surgida del interés que la parte de acreditar ante el magistrado los hechos propuestos por este en sus actos postulatorios, pues quien no

puede acreditar la existencia de su derecho no podrá ser concedido por el juez.

#### **2.2.1.8.3 Procedimiento Probatorio**

Consiste en saber cuáles son las formas que la ley establece y deben respetar las partes para que la prueba producida se considere válida.

Al respecto COUTURE precisa que:

“En este sentido, el problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos; en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. Así, todo lo relativo al ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc., constituye el tema general del procedimiento probatorio. Por otro lado, el funcionamiento de cada medio de prueba, instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc., constituye el aspecto particular del problema.”

El procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio y esta se realiza en la audiencia de pruebas que es fijada por el juez, la misma que es oral pero queda materializada en el acta correspondiente.

Para ello se tiene en cuenta algunas características esenciales que serán desarrolladas oportunamente en este trabajo como lo son la unidad de audiencia, la inmediación, la contradicción, la publicidad y el orden práctico. Nuestro Código Procesal Civil, establece claramente el procedimiento que se debe tomar en cuenta para la realización de la aportación de las pruebas la actuación de cada una de ellas y la valoración por parte del juez.

#### **2.2.1.8.4 En sentido común.**

En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; es decir demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una

afirmación. Dicho de otra manera, es una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición (Couture, 2002).

“Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. Son medios: la experticia, la documental, la testimonial, etc”. (Ticona, 2001).

#### ***2.2.1.8.5 En sentido jurídico procesal.***

Bustamante (2001) sostiene que “el concepto de parte procesal es porque nace dentro del proceso, por tanto, no se identifica con la titularidad de los derechos y las obligaciones materiales que son causa del mismo, hay que se puede iniciar un proceso mediante el ejercicio de una acción por quien afirme un derecho que realmente no le pertenece”.

“En sentido procesal, la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación. En el derecho penal, la prueba es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. Mientras que en el derecho civil, es normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio”. (Romero, 2012)

#### ***2.2.1.8.6 Introducción respecto a Prueba***

El derecho probatorio, la prueba y los medios probatorios, constituyen aspectos que debemos definir bien para no tratarlos como si fueran lo mismo. De un lado, ya hemos hecho referencia al derecho probatorio como la ciencia del derecho procesal que estudia la prueba. De otro lado, la prueba es concebida como el conjunto de razones que conducen al magistrado a adquirir certeza sobre los hechos propuestos por las partes en los actos postulatorios; y, finalmente, los medios probatorios constituyen los instrumentos del que hacen uso las partes o dispone el magistrado para lograr convencimiento a la

decisión del juez.

De manera breve desarrollaremos algunos aspectos referidos a la prueba, su finalidad, concepto, objeto, carga, procedimiento, valoración y los medios de prueba.

#### ***2.2.1.8.7 Derecho probatorio***

Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional peruano, “El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través de los procesos constitucionales.”

Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera



adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido adecuadamente realizado.

#### ***2.2.1.8.8 Finalidad***

En doctrina advertimos que el derecho a probar de las partes, tiene por finalidad producir en el juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por estas en los actos postulatorios del proceso. Por ello, no solamente constituye un derecho sino también un deber de quien afirma un hecho, que este sea debidamente sustentado o corroborado mediante los medios probatorios regulados por la norma procesal, sin afectar los principios procesales y constitucionales que la garantizan.

Para Juan MORALES respecto de la finalidad de la prueba judicial, señala que se reconoce tres posiciones: a) establecer la verdad, b) lograr la convicción del juez, y c) alcanzar la fijación formal de los hechos procesales. Conforme lo señala el artículo 188° del Código Procesal Civil: “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.” Por lo que consideramos, al igual que el autor citado anteriormente, que esta constituye una posición híbrida por cuanto se recoge las tres teorías.

Más debe tenerse en cuenta que la valoración de los medios probatorios aportados por las partes en el proceso y admitidos en la audiencia correspondiente deben destinarse a despejar la incertidumbre jurídica, en tal

sentido la fijación de puntos controvertidos tiene entre sus objetivos determinar qué puntos van a ser materia de prueba.

Para nuestra jurisprudencia nacional: “El derecho a la prueba tiene por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si éste no valora o toma en consideración los citados resultados probatorios, está frustrando el aludido derecho, convirtiéndose así en garantía ilusoria y meramente ritualista.

Para COUTURE el análisis sistemático de la prueba comprende los siguientes aspectos:

1. Concepto de la prueba
2. Objeto de la prueba
3. Carga de la prueba
4. Procedimiento probatorio
5. Valoración de la prueba
6. Medios de prueba

La importancia de afianzar los conceptos de cada institución jurídica de índole probatoria, diferenciando el derecho probatorio, la prueba y los medios probatorios.

La trascendencia que las partes tienen en el proceso de acreditar los hechos propuestos en los actos postulatorios y que quien no sustenta difícilmente pueda ser ampara su pretensión.

La importancia de la valoración probatoria y el nivel de razonamiento del juez para llegar a aquella verdad real de los hechos alegados por las partes en el proceso.

### **2.2.1.8.9 Valoración de la prueba**

Prevalece aquí la figura del juez, quien decide los hechos en razón de principios de lógica probatoria. Esta constituye la última etapa de la actividad probatoria ya que se realiza luego de haber transcurrido por el ofrecimiento, admisión, calificación y la producción de los hechos que representan y tratan de demostrar sus pretensiones

Existen medios de pruebas directos por cuanto suponen un contacto inmediato con el juez, otros que requieren de una reconstrucción que son los indirectos y los que se apoyan en el sistema de deducciones e inducciones.

Para COUTURE, “El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia pueden ejercer los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir.”

2.2.1.8.9.1. *Sistemas de valoración.* En la doctrina clásica se destacan tres sistemas de valoración de la prueba: el de la tarifa legal o prueba legal; el de la íntima convicción y el de la sana crítica racional o libre convicción. Sólo advertimos que hay autores como Guasp, Palacio Y Devís Echandía, entre otros, que critican esta clasificación tripartita, incluyendo a la íntima convicción y a la sana crítica racional en un único sistema llamado “de libre apreciación” (por oposición al de tarifa legal o apreciación tasada). Sin embargo, la diferencia entre la íntima convicción y la sana crítica racional radica en que la primera hace referencia al resultado obtenido en la apreciación de la prueba, en tanto que la segunda hace mención al método seguido para realizar tal apreciación. Circunscribiendo el análisis a los

sistemas tradicionales, procuraremos superar las discrepancias doctrinarias que existen al respecto.

El sistema de tarifa legal también denominado sistema de la prueba tasada, de pruebas legales o apreciación tasada, consiste en que el valor del elemento probatorio está adjudicado de antemano en la ley. Es así que la ley señala, por anticipado, al juez el grado de eficacia que debe atribuirle a determinados medios probatorios; por lo tanto, el juzgador se encuentra obligado a valorar las pruebas de acuerdo a las pautas predeterminadas por el legislador en la norma jurídica. Como se advierte, este sistema impide al juez hacer uso de sus facultades de razonamiento y automatiza la función al impedirle formar un criterio propio. El sistema de la tarifa legal ha sido abandonado por las legislaciones más avanzadas, aunque aún quedan algunos resabios de él.

2.2.1.8.9.2. *Sistema de íntima convicción.* Este sistema constituye la antítesis del anterior, en cuanto implica el otorgamiento de facultades discrecionales al juzgador para apreciar la prueba libremente, sin estar atado a criterios legalmente preestablecidos. Es propio de los jurados populares o se otorga en ciertas oportunidades para las decisiones de los jueces de paz o de campaña, quienes resuelven “como un buen padre de familia” fundando sus decisiones conforme su leal saber y entender. El juez para obtener su íntima convicción se vale de sus sentimientos, de sus intuiciones, de las impresiones o de otros estados emocionales y, también, de sus conocimientos personales, además de los razonamientos lógicos y de la experiencia. Varias son las críticas que se efectúan a este sistema; en especial la de afectar la forma republicana de gobierno al permitir dictar un pronunciamiento sin expresar su

motivación, cercenando de esta manera las facultades de contralor de las resoluciones jurisdiccionales. Enseña CLARIÁ O LMEDO que con este sistema “se da predominio al sentimiento sobre la razón, mejor aún, la intuición sobre la ciencia y la técnica” y agrega, que no excluye la posibilidad de una crítica racional. Pero ésta, en realidad, queda sofocada en el fuero íntimo del juzgador ya que le impide que se exprese fuera del recinto de las deliberaciones: prohibición de fundamentar el veredicto.

2.2.1.8.9.3. *Sistema de la sana crítica racional.* Este sistema se basa en reglas de la lógica y del buen razonamiento aplicadas a la valoración de la prueba. La sana crítica racional impone al juez la valoración de la prueba sin sujeción a criterios legalmente preestablecidos, pero, a diferencia del anterior, sin la interferencia de factores emocionales. El órgano jurisdiccional debe fundamentar su decisión, pero no de cualquier manera.

Como señala COUTURE, las reglas de la sana crítica son las reglas del correcto entendimiento humano. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman la higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Estas reglas son las que nos conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y la lógica; es decir, el criterio racional puesto en ejercicio ya que en la estructura esencial del fallo deben respetarse los principios fundamentales del ordenamiento lógico, las leyes de la coherencia y de la derivación y, también, las reglas empíricas o de la experiencia, el sentido común y la psicología; todos ellos considerados como instrumentos del intelecto humano que permiten la aproximación a la certeza.

2.2.1.8.9.4. *La carga de la prueba.* En sentido estrictamente procesal es la conducta impuesta a uno o ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos denunciados por ellos, La teoría de la carga de la prueba procura fijar las reglas que resulten adecuadas para la distribución del esfuerzo

probatorio entre las partes. Es decir, sus postulados establecen directrices que pretenden indicar de antemano a quién corresponde el deber de probar según sea su posición dentro del trámite procesal.

No es posible solucionar el intrincado problema de la carga de la prueba con una regla única; es decir, no existe un principio general y absoluto que permita resolver todas las cuestiones que se presentan vinculadas al esfuerzo probatorio.

Sin embargo, se advierte que como única regla resulta insuficiente y, por tal motivo, los trabajos doctrinarios se dirigen a completarlos con otras formulaciones que se gestan en el campo del derecho de las obligaciones. Así se acude a la distinción de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos. En principio incumbe al actor la prueba del hecho constitutivo de su derecho; en tanto que corresponde al demandado acreditar los hechos impeditivos, modificativos y extintivos que invoque para enervar la pretensión del actor. Sin embargo, debe señalarse que estos principios no son absolutos y que, en ciertas oportunidades, un hecho modificativo, impeditivo o extintivo puede servir de fundamento a una demanda de tal modo que ese supuesto deberá ser acreditado por el accionante.

Las reglas de la carga de la prueba son el resultado de largas elaboraciones en la que realizan aportes, autores clásicos y actuales. Ellas pueden resumirse de la siguiente forma: Es a cargo de quien la alegue la prueba de la existencia del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende o que impida su constitución o modifique o extinga un derecho existente.”

### **2.2.1.9 Concepto de prueba para el Juez.**

Habiéndose resaltado la importancia de la prueba, debe precisarse que el momento central y culminante sobre el particular, es el de su valoración por parte del Juez, pues, de acuerdo con el Artículo 197 del Código Procesal Civil, todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, de esta manera en este acto el juzgador evaluará las pruebas obtenidas a través de los medios probatorios obrantes en autos para verificar si las partes han acreditado sus afirmaciones, y si le producen certeza, para que en base a la operación intelectual de juicio, resuelva la causa puesta bajo su conocimiento.

Derecho. Deben acreditarse los hechos jurídicos en general y los actos jurídicos en particular. El Derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Civil, no necesita probarse. Lo anterior tiene dos excepciones: Cuando la norma de Derecho emana de la costumbre: deberá probarse mediante cualquier medio de prueba, en el ámbito civil; y a través de los dos medios de prueba que establece el Código de Comercio, en el ámbito mercantil (algunos afirman, sin embargo, que se trata de una excepción aparente, pues lo que debe probarse son los hechos que sirven de supuesto para la existencia de la costumbre).

#### ***2.2.1.9.1 El principio de la carga de la prueba.***

“Este principio pertenece al Derecho Procesal, porque se ocupa de los actos para ofrecer, admitir, actuar y valorar las pruebas, a fin de alcanzar el derecho pretendido. En virtud de este principio, los hechos corresponden ser probados por quien afirma”.

### ***2.2.1.9.2 Valoración y apreciación de la prueba.***

Siguiendo a Rodríguez (2005), encontramos:

A. Sistemas de valoración de la prueba. Existen varios sistemas, entre esas dos:

“El sistema de la tarifa legal. En este sistema la ley establece el valor de cada medio de prueba actuado en el proceso. El Juez admite las pruebas legales ofrecidas, dispone su actuación y las toma con el valor que la ley le da cada una de ellas en relación con los hechos cuya verdad se pretende demostrar. Su labor se reduce a una recepción y calificación de la prueba mediante un patrón legal. Por este sistema el valor de la prueba no lo da el Juez, sino la ley. El sistema de valoración judicial. En este sistema corresponde al Juez valorar la prueba, mejor dicho, apreciarla. Apreciar es formar juicios para estimar los méritos de una cosa u objeto”.

“Si el valor de la prueba lo da el Juez, ese valor resulta subjetivo, por el contrario, en el sistema legal lo da la ley. La tarea del Juez es evaluativa con sujeción a su deber. Este es un sistema de valoración de la prueba de jueces y tribunales de conciencia y de sabiduría.

Debe entenderse que esta facultad entregada al Juez: la potestad de decidir sobre el derecho de las partes para alcanzar la justicia, en base a su inteligencia, experiencia y convicción es trascendental. De ahí que la responsabilidad y probidad del magistrado son condiciones indiscutibles para que su actuación sea compatible con la administración de justicia”.

B. Operaciones mentales en la valoración de la prueba.

“a. El conocimiento en la valoración y apreciación de los medios de prueba.



El conocimiento y la preparación del Juez es necesario para captar el valor de un medio probatorio, sea objeto o cosa, ofrecido como prueba. Sin el conocimiento previo no se llegaría a la esencia del medio de prueba.

b. La apreciación razonada del Juez.

El Juez aplica la apreciación razonada cuando analiza los medios probatorios para valorarlos, con las facultades que le otorga la ley y en base a la doctrina. El razonamiento debe responder no sólo a un orden lógico de carácter formal, sino también a la aplicación de sus conocimientos psicológicos, sociológicos y científicos, porque apreciará tanto documentos, objetos y personas (partes, testigos) y peritos.

La apreciación razonada se convierte, por exigencia de su objetivo, en un método de valoración, de apreciación y determinación o decisión fundamentada.”

C. La imaginación y otros conocimientos científicos en la valoración de las pruebas.

“Como quiera que los hechos se vinculan con la vida de los seres humanos, raro será el proceso en que para calificar definitivamente el Juez no deba recurrir a conocimientos psicológicos y sociológicos; las operaciones psicológicas son importantes en el examen del testimonio, la confesión, el dictamen de peritos, los documentos, etc. Por eso es imposible prescindir en la tarea de valorar la prueba judicial”.

D. “Las pruebas y la sentencia. Luego de valorar las pruebas y vencido el término probatorio el Juez debe resolver mediante una resolución.

Esta resolución viene a ser la sentencia que deberá expresar los fundamentos en que se apoya para admitir o rechazar cada una de las conclusiones formuladas por las partes; por eso es aunque la ley procesal exija una sola prueba como es el caso del matrimonio que se prueba con la respectiva partida del registro civil, debe entenderse que en la controversia pueden presentarse otras pruebas que el Juez debe valorar previo análisis; así por ejemplo, la parte que contradice el matrimonio puede ofrecer y presentar otros medios probatorios con la finalidad de enervar los de la afirmación y que el juzgador no puede dejar de lado.

Según el resultado de la valoración de la prueba, el Juez pronunciará su decisión declarando el derecho controvertido, y condenando o absolviendo la demanda, en todo o en parte. Pues todos los medios probatorios deben ser valorados por el Juez en forma conjunta utilizando su apreciación razonada”.

#### ***2.2.1.9.3 Las pruebas actuadas en el proceso judicial en estudio***

##### Documentos

De Araujo (1989), indica que “el documento es aquella representación de un hecho o aquel signo que permite el conocimiento de un hecho que se concreta en la escritura por parte de un ser humano; pero no es menos documento, una fotografía o una cinematografía, un calco, un relieve, una tarja (o muesca) de contraseña”.

##### Clases de documentos

Indica Cajas (2011) que de conformidad con lo previsto en Código Procesal Civil se distinguen dos tipos de documentos: público y privado.

Son públicos el otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia. La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda. (Penagos, 2007).

Son privados aquellos que no tienen las características del documento público. La norma procesal precisa en la parte final del artículo 236 del Código Procesal Civil, que la legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en Público. (Hinostroza, 1998).

Documentos actuados en el proceso

Se adjuntó los siguientes Anexos:

1.A: Pliego interrogatorio de la declaración de parte de la demandada

1.B: Partida de nacimiento de J.M.P.B

1.C: Pliego interrogatorio del testigo J.M.P.B

1.D: Partida de Matrimonio.

1.E: Papeleta de Habilitación.

1.F: Copia simple del Documento Nacional de Identidad del recurrente.

1.G: Tasa judicial por concepto de ofrecimiento de pruebas.

La declaración de parte

Concepto

Indica Ovalle (2001) que se “debe aclarar que es aceptado el cambio de denominación de este medio probatorio, con respecto del código derogado que la llamada confesión, cuando en realidad lo que se hacía era una

declaración, porque si se negaba todas las preguntas, no había confesión, sino una simple declaración de parte, pero esta que cuando se declara puede haber confesión, si el absolvente acepta el hecho de la pregunta, que le desfavorece y favorece a la parte preguntate”.

#### ***2.2.1.9.4 Doctrina Jurídica de la Prueba***

Cuando se intenta definir o conocer un concepto único de la prueba, se falla en el intento; pues diversos autores han ofrecido una definición que aunque no es distante u opuesta, no deja de tener matices interesantes. Veamos:

El doctor Elvito Rodríguez Domínguez citando al maestro Francisco Carnelutti expresa: "prueba no se llama solamente al objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino al conocimiento mismo suministrado por tal objeto".

Para Hugo Alsina, la palabra prueba se usa para designar:

- a. Los distintos medios ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso del proceso, y así se habla por ejemplo de prueba testimonial o instrumental;
  - b. La acción de probar y así se dice que al actor corresponde la prueba de su demanda y al demandante la de su defensa; y,
  - c. La convicción producida en el juez por los medios aportados.
- Concluye con su definición de prueba afirmando que: "La comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende".
- En atención al proceso civil, esta definición no sólo es clara y precisa, sino adecuada, por descriptiva.

En el proceso civil, las partes alegan hechos y deben probarlos, por tanto, no se trata de una comprobación cualquiera, sino de una comprobación que se hace ante el juez y por ello es judicial; no se hace de cualquier manera, sino por los medios y en la forma que la ley autoriza.

No se prueban todos los hechos alegados por las partes, sino solamente

aquellos que son controvertidos. Su finalidad es acreditar la verdad del hecho o hechos controvertidos, lo cual adquiere importancia, porque de ellos depende el derecho materia de la pretensión (ex facto oriturus quiere decir del hecho nace el derecho).

Alcalá-Zamora y Castillo: "la prueba es un conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suele llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta."

Devis Echandia (Compendio de Pruebas Judiciales, 1984, Tomo I: 26), este autor entiende por pruebas judiciales "el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso."

Rocco, conceptúa a los medios probatorios como "los medios suministrados por las partes a los órganos de control –órganos jurisdiccionales, de la verdad y existencia de los hechos jurídicos controvertidos, a fin de formar la convicción de dichos órganos sobre la verdad y existencia de ellos." Podemos concluir que probar es acreditar, desarrollar una actividad para demostrar la verdad de una afirmación. En el orden procesal: Significa acreditar o demostrar la verdad de los hechos afirmados por las partes.

Lino Palacio (Palacio, 1977, Tomo IV: 331): "La prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones." Lino Palacio agrega que "constituyen medios de prueba los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos."

### ***2.2.1.9.5 Concepto de prueba según la legislación procesal civil***

En nuestro derecho positivo, ni el Código de Enjuiciamientos Civil de 1852, ni el Código de Procedimientos Civiles de 1912 se refieren al concepto de prueba, ni señalan la finalidad de los medios probatorios, se refieren a ella bajo el título de "Prueba en General" y "Prueba", respectivamente.

El Código Procesal Civil legisla sobre la prueba con la denominación de "Medios Probatorios" y en el artículo 188° establece que su finalidad es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Creemos equivocada la redacción de este artículo en cuanto a que la finalidad de los medios probatorios sea producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos; sobre ellos adquirirá certeza en la audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos, en cuyo segundo caso habrá de enumerar los puntos controvertidos, y en especial los que van a ser materia de prueba (Art. 471° del CPC).

Es evidente que la intención de la norma está referida a la certeza que adquiere el juez sobre la verdad de los hechos controvertidos. Entonces:

¿Desde el punto de vista procesal, resulta necesaria y obligatoria la acreditación- aprobación de los hechos? Definitivamente e exigible esta obligatoriedad, pues sobre la base de esos hechos es que el juzgador estará en aptitud para declarar el derecho pretendido. Se debe mencionar que desde el punto de vista procesal emerge la obligatoriedad de probar esos hechos acudiendo a los medios probatorios; si quien afirma un hecho como sustento de su pretensión y no logra demostrarlo, su demanda será desestimada.

#### **2.2.1.10. La tacha**

La tacha es el instrumento procesal por el cual se cuestiona a los testigos, documentos y pruebas atípicas. Dicha cuestión probatoria tiene por finalidad quitarle validez a las declaraciones testimoniales, o restarle eficacia probatoria a los documentos y/o pruebas atípicas.

Con respecto a la tacha de documentos, ésta tiene por finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él. Esto es, la tacha documentaria buscará que el documento no sea tenido en cuenta para probar la materia controvertida, ello se desprende de los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil.

De tales artículos también se puede deducir que las causales por las cuales se puede tachar un documento son: a) falsedad, y b) la ausencia de una formalidad esencial que para el documento la ley prescribe bajo sanción de nulidad. En consecuencia, no procederá tachar un documento por causales sustentadas en la nulidad o anulabilidad del acto jurídico, o en hechos de extemporaneidad o impertinencia de la prueba. Ello, además, ha sido afirmado por la Corte Suprema en la Casación N° 1357-96/Lima y por la Corte Superior de Lima en el Expediente N° 131-98.

##### ***2.2.1.10.1 Documentos de la Tacha***

Muchas veces los abogados fundamentan la tacha contra documentos en causales de invalidez del acto jurídico, o en hechos muy distantes a los previstos en el Código Procesal Civil. Esto origina que un gran número de tachas sean declaradas improcedentes o infundadas.

Al parecer, tal resultado se debe a que la mayoría de abogados no conoce con

exactitud las causales y formas de tachar un documento, lo cual será tratado en las siguientes líneas.

Declaración de parte de la demanda M.N.B.S

Quien dijo llamarse como está consignado, natural de; católico; ocupación; grado de instrucción superior; en este se deja constancia que el Pliego interrogatorio ha sido rubricado por la señora Juez M.D.G.C, conforme obra de autos, por lo que en este acto la señora Juez rubrica el Pliego interrogatorio y formulas las siguientes preguntas.

Pregunta del Juzgado

Para que digan después que se casaron a donde fijaron su domicilio conyugal:

Dijo en Imperial.

Para que diga cuando iniciaron su vida conyugal, quien hizo el retiro del hogar: Fue él.

Para que diga cuál fue el motivo por el cual el demandado se retiró del hogar:

Por motivos que tiene una nueva familia en el año dos mil ocho.

Preguntas del abogado de la parte demandante:

Para que diga la demandada cual era el domicilio precise dijo: Calle dos de mayo, cuadra cinco del distrito de Imperial.

Para que diga la declarante hasta cuando vivió con demandado en el domicilio indicado líneas arriba: Dijo que fueron cuatro o cinco años y allí pase a vivir a la casa de mis padres.

Declaración de parte del Demandante

Quien dijo llamarse como está consignado, natural de San Luis, católico,



ocupación: comerciante, grado de instrucción superior, en este acto se deja constancia que el pliego interrogatorio ha sido rubricado por la señora Juez doctora M.D.G.C, conforme obra de autos, por los que en este acto la señora Juez rubrica el Pliego interrogatorio y formula las siguientes preguntas:

Preguntas del Juzgado:

Para que diga a donde fijo su domicilio conyugal y que tiempo vivieron juntos: Fue en Lima cerca de la plaza dos de mayo de Lima, por el lapso de un año y medio aproximadamente, el motivo fue incompatibilidad de caracteres.

Para que diga cuando nació su hijo: Nació en Ilo en 1984.

Preguntas del Ministerio Público:

Para que diga qué edad tenía su hijo cuando se retiró del hogar: Dijo no lo recuerdo exactamente.

Para que diga cuál es el monto de alimentos que da a la señora: Primero fue el 40% y luego sentencia firme fue el 20%.

Intervención Oral de los Señores Abogados:

Alegatos. Conforme a lo dispuesto en el artículo 212 del código Procesal Civil estando a la naturaleza del proceso el juzgado concede a las partes el plazo común de cinco días para la formulación de los alegatos correspondiente.

Sentencia. El juzgado hace saber a las partes que no hace el llamado de autos para sentencia en razón que se ha concedido plazo para la formulación de los alegatos y porque el proceso se impulsa a pedido de parte.

### **2.2.1.11. Las resoluciones judiciales**

En sentido general, una resolución es un documento en el cual se evidencia las decisiones adoptadas por una autoridad competente, respecto a una situación concreta. A lo expuesto, puede agregarse que la autoridad si bien se trata de una persona física; pero es quien actúa u obra a nombre y representación de una institución, quien por su naturaleza se vale de personas físicas para expresar su voluntad.

En sentido estrictamente jurídico, puede afirmarse que es el acto procesal que emana del órgano jurisdiccional competente en el cual se pronuncia respecto a las peticiones formuladas por las partes en el proceso, en algunas ocasiones se emite de oficio, porque el estado del proceso así, lo amerita; por ejemplo la advertencia de una nulidad, que detecta el juzgador, en consecuencia en ejercicio del Principio de Dirección del Proceso, el juez de oficio emitirá una resolución a efectos de salvaguardar la validez del proceso.

Las formalidades se hallan reguladas en las normas previstas en el artículo 119 y 122 del Código Procesal Civil, en los cuales se indica que debe tener lugar, fecha, suscripción entre otras particularidades, que se deben observar necesariamente para rescatar su validez y efectos dentro del proceso.

#### ***2.2.1.11.1 Clases de resoluciones judiciales***

De acuerdo a las normas del Código Procesal Civil, existen tres clases de resoluciones:

El decreto: que son resoluciones de tramitación, de desarrollo procedimental, de impulso.

El auto, que sirve para adoptar decisiones, no precisamente sobre el fondo,

como por ejemplo la admisibilidad de la demanda.

La sentencia, en el cual a diferencia del auto, si se evidencia un pronunciamiento de fondo, salvo excepciones como disponen las normas glosadas (cuando se declara improcedente).

#### **2.2.1.11.2 La sentencia**

Azpiri, en cuanto a la sentencia en el proceso, “la sentencia que acoge la demanda decretada (...) el divorcio vincular de los esposos, a su vez la sentencia deberá contener la causal en que se funda y el juez declarará la culpabilidad de uno o ambos conyugues.

Esto significa que el magistrado tiene que determinar los hechos que han sido acreditados y encuadrar esos comportamientos en por lo menos una de las causas (...). Así mismo debe calificar la conducta de los esposos, frente a las causas acreditadas determinando su culpabilidad o inocencia, obviamente no podrá dictar una sentencia, favorable si no considera que al menos unos de los conyugues es culpable. Solo cuando haya mediado reconvencción podrá detectar la culpabilidad del cónyuge actor.

#### **2.2.1.11.3 Conceptos**

“Es una resolución judicial realizado por un Juez a través del cual se pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”, (Cajas, 2008).

Para que se realice la configuración, la sentencia de primera instancia debe declarar fundada la demanda, en consecuencia, disuelto el vínculo material, y al estar de acuerdo las partes no impugnen la sentencia, bajo estos supuestos opera la consulta donde el tribunal de primera instancia está obligado a elevarlo para que la revise un tribunal superior.

#### ***2.2.1.11.4. La sentencia: su estructura, denominaciones y contenido***

##### **A. La sentencia en el ámbito normativo**

En la Parte Expositiva, el Juez realiza un resumen de lo que pide por parte del accionante (demandante) y también la defensa del demandado, el itinerario procesal que consiste en todos los actos jurídicos procesales más importantes y relevantes realizados por las partes y los actuados por el Juzgado.

En la Parte Considerativa, es la parte donde el Juez fundamenta la sentencia, se realiza un análisis de todos los hechos valorando todas las pruebas, se determina la norma aplicable y se resuelven los puntos controvertidos. Aquí el Juez hace un razonamiento jurídico, lógico de los hechos probados y la norma aplicable al caso concreto. Es por ello la parte más importante de la sentencia.

En la parte resolutive o fallo, se redacta en forma clara breve y precisa y debe además pronunciarse sobre los incidentes, excepciones, tachas y sobre la causa principal, que es objeto de proceso, finalmente sobre las costas y costos procesales y multas si las hubiere. El juez ordena, decide, en forma clara y concreta declarar el derecho controvertido en forma favorable o desfavorable.

Por otro lado, Chanamé (1995), establece que “el contenido de la Sentencia está establecido en el artículo 122 del Código Procesal Civil, y se indican: Lugar y fecha en que se emite la sentencia, número de orden que le corresponde, los Vistos, que están establecidos por la parte expositiva, los considerandos (parte considerativa) en relación correlativa y enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan, la decisión, en mérito a la prueba actuada, al derecho, a la jurisprudencia o sentencia vinculante, la parte resolutive o el fallo que resuelve el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, el plazo para su cumplimiento, si fuera el caso; pronunciamiento sobre las Costas y Costos del proceso; la multa o su exoneración de ser el caso y finalmente la firma del Juez y del Secretario”.

## B. La sentencia en el ámbito doctrinario

Para León (2008) “todo raciocinio que pretenda analizar un problema dado para llegar a una conclusión requiere de, al menos tres pasos: formulación del problema, análisis y conclusión. Esta es una metodología de pensamiento muy asentada en la cultura occidental”.

“De lo expuesto se puede distinguir que son las normas procesales civiles, las que son más prolijas al especificar los tipos de resoluciones: el decreto, el auto y la sentencia. El decreto: que son resoluciones de tramitación, de desarrollo procedimental, de impulso. El auto, que sirve para adoptar decisiones, no precisamente sobre el fondo, como por ejemplo la admisibilidad de la demanda, y la última se tiene a la sentencia, en el cual, a diferencia del auto, si se evidencia un pronunciamiento de fondo, salvo excepciones como disponen las normas glosadas (cuando se declara improcedente)”. (Ferro, 2004).

### ***2.2.1.11.5. La motivación de la sentencia***

A. La motivación como justificación de la decisión, como actividad y como producto o discurso.

González (2006), nos dice “que ningún juez, está obligado a darle la razón a la parte pretendiente, pero sí está constreñido a indicarle las razones de su sin razón. Esta experiencia de fundamentar, de basar el fallo en apreciaciones fácticas y jurídicas, es una garantía para la prestación de justicia que deviene, en esencia de dos principios: imparcialidad e impugnación privada”.

B La obligación de motivar.

Gómez (2008), establece que “el examen sobre la motivación es triple, porque comprende como destinatarios de la misma, no solo a las partes ya los jurisdiccionales, sino también a la comunidad en su conjunto, en cuyas manos descansa una supervisión, si se quiere difusa, de la que deriva la legitimidad del control democrático sobre la función jurisdiccional, y que obliga al juez a ad 59 una garantía para la prestación de justicia que deviene, en esencia de dos principios: imparcialidad e impugnación privada”.

### ***2.2.1.11.6. Exigencias para una adecuada justificación de las decisiones judiciales***

#### **A. La justificación fundada en derecho**

En el campo de la fundamentación de los hechos, para Ticona (1999), “el peligro de la arbitrariedad está presente siempre que no se de una definición positiva del libre convencimiento, fundada sobre canon es de corrección racional en la valoración de las pruebas. Es decir, el Juez debe ser libre de no cumplir las reglas de una prueba, pero no puede ser libre de no cumplir las reglas de una metodología racional en la certificación de los hechos controvertidos”.

“La fundamentación de los hechos también se ve reflejada en la demanda y contestación de demanda de cada una de las partes, alegando lo que a su derecho mejor convenga. Esta fundamentación debe ser coherente, en aplicación del principio de congruencia procesal, pues los derechos que se pretenden en sede jurisdiccional son coherentes y razonables”. (Cuba, 1998).

#### **B. Requisitos respecto del juicio de hecho**

En el campo de la fundamentación de los hechos, para Ticona (1999), “el peligro de la arbitrariedad está presente siempre que no se de una definición positiva del libre convencimiento, fundada sobre canon es de corrección racional en la valoración de las pruebas y el juzgador expide un auto o una sentencia debe consignar taxativamente las razones que lo condujeron a declarar inadmisibile, admisible, procedente, improcedente, fundada, infundada, válida, nula, una demanda, una excepción, medio probatorio, medio impugnatorio, acto procesal de parte, o resolución, según corresponda”.

#### **C. Requisitos respecto del juicio de derecho**

Sarango (2008), indica que “las resoluciones judiciales los fundamentos de hecho y de derecho no aparecen en compartimientos estancados y separados, deben estar ordenados sistemáticamente. En la sentencia, la decisión final (o fallo) va precedida de algunas decisiones sectoriales. En otras palabras, la decisión final es la culminación de una cadena de opciones preparatorias (la norma legal aplicar, el significado de esa norma, qué valor otorgara esta, o aquella prueba, qué criterio elegir para

cuantificar la consecuencia jurídica, etc.)”.

#### **2.2.1.11.7. Principios relevantes en el contenido de la sentencia**

##### **A. El principio de congruencia procesal**

Refiere Salermo (1998), refiere que: “Este principio está referido a la concordancia existente entre el pedimento planteado por las partes y la decisión que de tal pedido desprende el juez; quedando entendido que el juez no puede modificar el petitorio ni los hechos planteados en la demanda. Es decir, debe existir una adecuación entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial”.

Según Liebman (1990) “la congruencia permite a los justiciables conocer las causas por las cuales la pretensión que se esgrimió fue restringida o denegada y esto, en buena cuenta, hace viable que quien se sienta agraviado por la decisión del juez pueda impugnarla, posibilitando el control por parte de los órganos judiciales superiores y el derecho a la defensa”.

##### **B. El principio de la motivación de las resoluciones judiciales**

“La motivación de la sentencia no puede consistir sólo en una percepción personal y subjetiva simple, sino en una explicación ordenada y expresa de un proceso mental, por lo que es, en sí misma, una técnica de la justicia profesional, justicia profesional que se hace más compleja aun cuando no existen pruebas directas sino meros indicios probatorios, que indudablemente pueden ser suficientes para dejar definitivamente fijados los hechos controvertidos, pero que exigen en todos los casos una motivación o explicación racional, lógica, precisa e inteligible, alejada de cualquier indicio o extravagancia o arbitrariedad”. (Alzamora, 2002)

### **2.2.1.12 Regulación de la consulta**

Se encuentra establecida en artículo 359 del Código Civil, modificado por Ley N° 28384 del 13 de noviembre del año 2004, que a la letra indica:

“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”.

#### ***2.2.1.12.1 La consulta en el proceso de divorcio en estudio***

En principio cabe señalar que la consulta es un instrumento procesal de control de resoluciones judiciales por el cual la instancia superior conoce en ciertos casos expresamente contemplados en la ley resuelto por el inferior jerárquico, que no ha sido objeto de impugnación por parte de los justiciables o sus representantes. Para tal son elevados al juez de oficio o quo. La consulta constituye un trámite obligatorio en los supuestos que determina el ordenamiento jurídico y está dirigida a desterrar la posibilidad del error judicial, que resultaría significativa si la cuestión litigiosa se debatiera en una sola instancia.

La consulta es una institución de orden público (y por lo tanto irrenunciable) por lo cuanto resulta un imperativo para el juez o quo, en las hipótesis leales que la contemplan.

La consulta confiere al juez ad quem competencia para conocer de la resolución que se pronuncia sobre el asunto controvertido, pese a no existir iniciativa de la parte (comúnmente necesaria para determinar la competencia del superior jerárquico). -Alberto Hinostroza.

En el proceso judicial existente en el expediente seleccionado, se evidencia la



consulta; tal es así que la orden está explícita en la parte resolutive de la sentencia emitida por el segundo Juzgado Especializado de Familia de Cañete, en el cual se ordenó de no ser apelada debe ser elevada en consulta; hecho que se evidenció con el cargo del oficio de remisión que aparece en el folio 167 del proceso judicial de Expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02 que corresponde al proceso seguido por M.P.M, y M.N.B.S, referente al divorcio por causal de separación de hecho, en virtud de haberse dispuesto así en resolución expedida en autos de fecha 08 de Septiembre del dos mil ocho.

#### ***2.2.1.12.2 Efectos de la consulta en el proceso judicial en estudio***

Conforme se observó en el proceso judicial en estudio, la sentencia de primera instancia fue examinada por el órgano jurisdiccional superior, quien tiene facultades para examinar todo lo hecho y actuado, y se pronunció en la sentencia: aprobando la consulta, de la sentencia contenida en la Resolución N°36, venida en grado de consulta del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Cañete, que declara FUNDADA EN PARTE la demanda de divorcio por causal de separación de hecho por el periodo ininterrumpido de más de 2 años, declarando de esta forma DISUELTO el vínculo matrimonial entre M.P.M y M.N.B.S conforme se observa en el proceso judicial en estudio (Expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02).

### **2.2.2 Desarrollo de Instituciones Jurídicas Sustantivas relacionado con la sentencia en estudio.**

#### ***2.2.2.1 Identificación de la pretensión resulta en la sentencia***

“Conforme a lo expuesto en la sentencia la pretensión, respecto al cual se

pronunciaron en ambas sentencias fue”: el divorcio (Expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02).

### ***2.2.2.2 Desarrollo de instituciones jurídicas previas, para abordar el divorcio.***

#### ***2.2.2.3 El matrimonio***

##### **A. Etimología**

Según Valverde (1992), “el matrimonio es tan antiguo como el propio Hombre. Sociológicamente, es la institución de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley para el Derecho, el matrimonio es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos. Para la sexología, el matrimonio es el ejercicio legítimo de los genitales”.

Según Varsi (2007), refiere que “el matrimonio civil es pues en nuestro medio jurídicamente una institución formal y solemne, y de no celebrarse de conformidad con las formalidades establecidas en los artículos 248 al 268 del Código Civil, se abre la posibilidad explícita de que el matrimonio puede ser acusado de nulidad en virtud del inciso 8 del artículo 274”.

##### **B. Concepto normativo**

“Conforme a la norma del artículo 234 del Código Civil, el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del código, a fin de hacer vida común. Textualmente está previsto que el marido y la mujer tiene en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidad iguales. En su conjunto está regulada en la Sección Primera y Segunda (Disposiciones Generales y Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia)”.

### **2.2.2.3.1 Características del Matrimonio**

a) “El matrimonio es de orden público:

La regla general es que la legislación que atiende al matrimonio no puede ser alterada ni dejada sin efecto por los particulares, o sea, los contrayentes o los cónyuges deben observar la normatividad referida al matrimonio, las mismas que son de orden público, vale decir, son de cumplimiento obligatorio por ser cruciales para la organización de la sociedad en su conjunto.” (Gallegos y Jara, 2008).

b) El matrimonio es una unión exclusiva:

“De esta característica derivase el deber de fidelidad entre los cónyuges, pues cada uno de ellos debe recíprocamente respeto y consideración a su consorte. Se encuentra prohibido que los cónyuges mantengan relaciones afectivas de índole sexual con persona diferente a la de los inmersos en la unión matrimonial, lo contrario constituiría adulterio, que representa una causal de divorcio” (Cornejo, 1998).

c) El matrimonio es una unión permanente:

“El matrimonio tiene carácter de permanencia, de estabilidad, lo que no ocurre con otras uniones como las de hecho o concubinato, que son comúnmente inestables y de poca duración. A excepción de las hipótesis de divorcio, puede afirmarse que el matrimonio es perpetuo, hasta que uno de los cónyuges fallezca” (Aguilar, 2008).

### **2.2.2.3.2 Efectos del matrimonio**

“El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a Terceras personas, de los cuales los fundamentales son las obligaciones conyugales, el parentesco, la adquisición de derechos sucesorales entre los cónyuges y el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades en los diferentes países”. (Mallqui y Momethiano, 2001)

“El matrimonio es la unión de un varón y una mujer en forma voluntaria y estando legalmente aptos para ello, que se haya formalizado con sujeción a las disposiciones contenidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que en caso de incumplimiento de las mismas es sancionado este acto jurídico

con nulidad”. (Planiol y Ripe, s/f)

“El matrimonio constituye un acto jurídico sui generis, que origina deberes y derechos de contenido patrimonial, y los actos jurídicos que muchas veces celebran mantienen tal dualidad, que es componente esencial del Derecho de Familia. Por lo tanto, no es procedente aplicar a un acto de estas características, como es el caso de la separación de patrimonios, las normas generales de contratación que tienen contenido eminentemente patrimonial”. (Gallegos y Jara, 2008)

#### **2.2.2.3.3 Efectos del divorcio**

Suarez franco sostiene que los efectos del divorcio son los que señala a continuación:

- a. Con relación a los conyugues
- b. Con relación a los hijos
- c. Con relación a los bienes

Valencia Zea, atiende a los efectos del divorcio; ejecutoriada la sentencia de divorcio, se producen como consecuencias necesarias la disolución del matrimonio y de la sociedad conyugal, otros efectos se producen en relación con los hijos, y con la obligación alimentaria que al cónyuge culpable deba suministrar al cónyuge inocente que necesitare de ella. La disolución del matrimonio se produce sin efecto retroactivo, lo que quiere decir es que cesa de existir para el futuro.

#### **2.2.3.3.4. Separación de cuerpos o Divorcio por causal**

(Art. 480 al 485) “La separación de cuerpos es una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial que suspende los deberes relativos al lecho y habitación, y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales”.

La separación de cuerpos llamada también separación judicial, es definida por

Diez Picazo y Gullon como:

“Aquella situación de matrimonio, en la que, subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones, obedeciendo al hecho que determina un alejamiento o distanciamiento personal. Por la separación de cuerpos cesa el deber de convivencia de los cónyuges”.

Podemos distinguir dos tipos de separación de cuerpos: Por causas específicas y por mutuo acuerdo. La separación de cuerpos por causas específicas están expresamente señaladas en el Código Civil como: El adulterio, la sevicia, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado del hogar conyugal, conductas deshonrosas, toxicomanía, enfermedad venérea, homosexualidad sobreviviente, condena judicial.

#### ***2.2.3.3.5 El Ministerio Público en el proceso de divorcio por causal***

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen. Reacciones, de estímulos y de contra estímulos, de ataques y de contraataques; por ello, es importante establecer quién asume el rol de la parte demandada en el divorcio por adulterio. El Código Procesal diferencia el rol del Ministerio Público en atención a que este actúe como parte o como dictaminador. También permite su actuación como tercero legitimado, pero solo en los casos que por ley se le cite. Cuando el Ministerio Público interviene como parte en el proceso civil, puede interponer pretensiones y oponerse a ellas, realizar en el proceso todos los actos propios de las partes. El Ministerio Público asume la condición de parte, de manera especial, porque su interés no es privado, sino que actúa en defensa de la legalidad. “La legitimación del Ministerio Público es

extraordinaria, la imposibilidad práctica de la defensa individual del derecho subjetivo, pues se orienta a la protección de intereses públicos. Veamos a continuación algunos supuestos donde el Ministerio Público actúa como parte: la nulidad del matrimonio que regula el artículo 275 del Código Civil; la disolución de la asociación por actos contrarios al orden público o las buenas costumbres que describe el artículo 96 del Código Civil. 2. Especial comentario merecen los casos de divorcio por causal o por separación convencional. Los artículos 481 y 574 señalan que el Ministerio Público es parte en los procesos y como tal no emite dictamen; sin embargo, debemos apreciar que en el divorcio por causal, la parte resistente u opositora a la pretensión planteada es precisamente el cónyuge agresor a diferencia de la separación convencional, donde la parte opositora a la pretensión de disolver el vínculo lo asume el Ministerio Público. El rol del Ministerio Público no es el mismo en divorcio por causal y en la separación convencional”.

En el primer caso, “la parte demandada está definida por el cónyuge agresor emplazado y en el segundo caso, no hay cónyuges enfrentados; todo lo contrario, ambos se juntan, en una sola parte actora, bajo un único interés.

Aquí se emplaza al Ministerio Público como parte. Por otro lado, el Ministerio Público puede intervenir como tercero con interés, en casos que la ley expresamente lo cite. Concurren diversos supuestos, como el caso de la designación de curador del desaparecido. El artículo 47 del Código Civil considera que puede solicitar que se designe curador quien invoque legítimo interés en los asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público”. En el supuesto de las fundaciones, “el

artículo 108 del Código Civil permite solicitar la modificación de los fines de la fundación, con citación del Ministerio Público, cuando haya cesado el interés social. La intervención del Ministerio Público puede reducirse también, a una labor dictaminadora, de expresión de una opinión jurídica, que suele denominarse dictamen. Cuando es dictaminador, su intervención es apreciada -por algunos sectores de la doctrina- como asesoría al órgano jurisdiccional, sin embargo, esa explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basado en el conocimiento y aplicación del Derecho objetivo. Opera una situación intermedia pues el interés público no llega al extremo de legitimar al ministerio, pero la existencia de aquel hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es la opinión del Ministerio Público en el extremo concreto”.

“En las pretensiones sobre prescripción adquisitiva de predios rústicos, el artículo 507 del Código Procesal considera que cuando el emplazado se haya declarado rebelde, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia”.

“En el supuesto de la responsabilidad civil de los jueces, el artículo 512 del Código señala que antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de esta”.

En conclusión, bajo la premisa, descrita líneas arriba, consideramos que no es parte el Ministerio Público en el divorcio por causal. Este interviene como tercero legitimado, por el interés social de preservar el vínculo del matrimonio.

“El Ministerio Público como organismo autónomo del Estado tiene como funciones la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, la defensa de la familia, de los menores incapaces y el interés social. Asimismo, velar por la moral pública, la persecución del delito, la reparación civil; por la prevención del delito dentro de las limitaciones que estable su Ley Orgánica y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia, y otras que señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación”, (Berrío, s/f).

“Dentro de este marco de enunciados se encuentra de la norma del artículo 481 del Código Procesal Civil que establece que, el Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este sub capítulo (Sub capítulo 1º: Separación convencional o divorcio ulterior), y, como tal, no emite dictamen. Esta es la razón, para que en el presente caso el Ministerio Público haya intervenido como parte en el proceso, se le ha notificado con la demanda, y lo ha absuelto. En síntesis, ha tenido conocimiento de todo lo hecho y actuado en el presente caso”, (T.U.O del Código Procesal Civil, 1994).

#### **2.2.2.4 El Divorcio**

Suarez franco, la palabra divorcio en su acepción etimológica, en sentido amplio, la palabra divorcio significa toda separación legítima entre esposos. En sentido estricto, de atender a la ruptura del vínculo conyugal en vida de los esposos a petición de uno o cualquiera de ellos, o de ambos, por virtud de un decreto judicial (Suarez franco 2001- tomo i – 178)

Pavón, concibe al divorcio como la institución establecida por la ley, para suprimir, en virtud de las causas que enumera, el desorden que se produce entre los conyugues y reglar sus efectos, sea con disolución del vínculo matrimonial o sin ella, según el sistema de cada país adoptado.”

El art. 345-A del Código Civil establece la posibilidad indemnizatoria a favor de quien resulte perjudicado por la separación de hecho (art. 333 inciso 12), cuya causal está configurada dentro de la doctrina del llamado divorcio-



remedio; que al conferir derecho a indemnización implica la probanza de un perjuicio, lo cual conlleva a un análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil. La ley 27495 del 07 de julio del año 2001, incorpora el artículo 345-A en el Código Civil, la cual señala “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 alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”.

El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos.

Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes”.

La norma en mención incorpora de un lado, los requisitos para la invocación de la separación de hecho (art. 333, inciso 12), y de otro lado, establece una norma de preservación por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación. Sin embargo, a los efectos de ésta última parte, el dispositivo en su parte pertinente, dice textualmente “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 que le pudiera corresponder”.

A partir de esta disposición ha generado, diversidad de problemas jurídicos,

desde su interpretación, hasta en su aplicación, dando lugar al desarrollo de jurisprudencias contradictorias. De un lado, quienes entienden que la norma mencionada no contiene un mandato imperativo, en el sentido que a las partes corresponde peticionar la indemnización o la adjudicación de la casa conyugal, y de otro lado, otra opción valorativa en el sentido que contiene una norma que obliga al Juez necesariamente a pronunciarse aun cuando no haya sido solicitada la posibilidad indemnizatoria a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, que a manera de comentario se hace mención la Casación N° 606-2003.

#### ***2.2.2.4.1. El divorcio en el proceso de conocimiento***

“De conformidad con lo previsto en el Capítulo II denominado Disposiciones Especiales; sub capítulo 1°: Separación de cuerpos o Divorcio por Causal, norma contenida en el artículo 480 del Código Procesal Civil, el proceso de divorcio por las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil, corresponde tramitarse en el proceso de conocimiento con las particularidades reguladas en dicho subcapítulo” (Cajas, 2008).

“También se dice que se trata de un tipo de proceso en el que se tramitan asuntos contenciosos que no tengan una vía procedimental propia y cuando, por la naturaleza o complejidad de la pretensión, a criterio del juez, sea atendible su empleo de conformidad con la norma del artículo 475 del Código Procesal Civil. Por lo general en un proceso de conocimiento se presenta los aspectos más relevantes son: la etapa postuladora, el acto del saneamiento, la audiencia conciliatoria, la audiencia de pruebas, la formulación de los alegatos, y la sentencia. Es de competencia de los órganos jurisdiccionales de primera instancia, llámese Juzgados Civiles o Juzgados Mixtos”. (Sánchez, 2006).

“Por ser materia del presente trabajo, es preciso destacar que uno de los Procesos más comunes en lo civil es el Proceso de Conocimiento, y se caracteriza por la complejidad de los conflictos que se resuelven por un tercero imparcial, que viene a ser el Juez. Asimismo, en esta clase de procesos, los plazos son más largos que en los demás procesos civiles regulados por nuestro ordenamiento Adjetivo, tales como el Proceso Abreviado, Sumarísimo, Único, Ejecutivo y Cautelar”. (Ticona, 2001).

#### ***2.2.2.4.2. La Separación de Hecho como causal de divorcio***

El art. 5 de la Ley 27495, modifica el Art. 349 del Código Civil, en los términos siguientes: “Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, inciso del 1 al 12”. Esto significa que la causal de separación de hecho, que se encuentra en el inc. 12, puede invocarse para demandar directamente el divorcio, es decir, no solamente para la separación de cuerpos legal, sino también para el divorcio, igual la causal de imposibilidad de hacer vida en común, que está en el inc. 11.

Se dirá que no es necesario mantener la posición de que sólo sea causal de separación de cuerpos legal, porque a los 6 meses de notificada la sentencia de separación se va a pedir la ulterior disolución del vínculo matrimonial, pero tratándose del matrimonio es conveniente no apurar mucho su disolución y, por tanto, podría ser conveniente iniciar esa disolución del vínculo conyugal, primero, con una separación de cuerpos legal, que permitiría, aún más, una reflexión sobre el destino matrimonial de la pareja.

#### ***2.2.2.4.3. El Divorcio, Separación de cuerpos o Divorcio por causal***

Según el artículo 480° al 485° brevemente nos dice que, “La separación de cuerpos es una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial que suspende los deberes relativos al lecho y habitación, y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.” La separación de cuerpos llamada también separación judicial, es definida por Diez Picazo y Gullon como aquella situación del matrimonio, en la que, subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones, obedeciendo al hecho que determina un alejamiento o distanciamiento personal. Por la separación de cuerpos cesa el deber de convivencia de los cónyuges.

Podemos distinguir dos tipos de separación de cuerpos: Por causas específicas y por mutuo acuerdo. La separación de cuerpos por causas específicas están expresamente señaladas en el Código Civil como:

El adulterio, la sevicia, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado del hogar conyugal, conductas deshonorosas, toxicomanía, enfermedad venérea, homosexualidad sobreviviente, condena judicial.

#### ***2.2.2.4.4 La causal***

- Conceptos
- Regulación de las causales
- Las causales en las sentencias en estudio

La separación de hecho como causal de divorcio

“Está regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, ha sido incorporada mediante Ley N° 27495 del 07 de julio del año 2001 que al referirse a causales refiere que también lo es”: “La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335”.

El “análisis de este precepto permite identificar la necesaria existencia de tres elementos de hecho para invocar esta causal: objetivo, subjetivo y temporal.

La primera el quebrantamiento permanente y definitivo de la relación conyugal; la segunda la inexistencia de voluntad para unirse nuevamente; y el tercero, el transcurso ininterrumpido del tiempo que señala la ley”.

“La causal referida se ubica dentro de la tesis divorcista, exactamente en la teoría del divorcio remedio. Esta postura surgió cuando el jurista alemán Kahl propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el de establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio”.

Se estructura en:

- “a) El principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente determinable, esto es que no requiere tipificación de conductas culpables.
- b) La existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial (se desecha así la determinación taxativa de causales).
- c) La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible: el conflicto matrimonial.

Esta doctrina plantea una nueva concepción de matrimonio, cuya permanencia no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales”.

“Estima al matrimonio como una unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligar a mantenerse unidos, cuando dicha unión matrimonial ha fracasado, (Plácido, 2002)”.

En esta forma, “una pareja puede divorciarse sólo cuando el juzgado haya comprobado que el matrimonio perdió sentido para los esposos, para los hijos y, con eso, también, para la sociedad”.

“Esta doctrina se ha ido afirmando luego de la segunda guerra mundial, especialmente en países socialistas, como ocurre en Polonia, Alemania, Rumania, Checoslovaquia, fue de este modo como ha ido llegando al continente americano, el Perú lo ha adoptado recientemente en el año 2001, (Plácido, 2002)”.

“La recepción de esta tesis en el Perú ha determinado que si bien la norma del artículo 335 del Código Civil establece que: Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio. Para los casos de divorcio por causal de separación de hecho éste precepto es inaplicable. Para los intereses del estudio, corresponde glosar la norma del artículo 345-A del Código Civil, que establece que para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 (causal de separación de hecho); el demandante deberá, acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder” (Cajas, 2008).

Así mismo considerar que, “son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323 (que regula las gananciales), 324 (que regula la pérdida de gananciales por separación de hecho), 343 (que regula la pérdida de los

derechos hereditarios), 351 (que regula la indemnización por daño moral al cónyuge perjudicado) y 352 (que regula la pérdida de gananciales), en cuanto sean pertinentes, (Cajas, 2008)”.

#### ***2.2.2.4.5. Fenecimiento de la sociedad de gananciales***

Artículo 318.- Fenece el régimen de la sociedad de gananciales: 1.- Por invalidación del matrimonio. 2.- Por separación de cuerpos. 3.- Por divorcio. 4.- Por declaración de ausencia. 5.- Por muerte de uno de los cónyuges. 6.- Por cambio de régimen patrimonial.

Según Max Arias-Schreiber Pezet el fenecimiento de la sociedad de gananciales tiene un doble objeto. Por un lado pone fin a la sociedad de gananciales; por el otro, hace posible la repartición de las ganancias, si las hubiere, después de deducidas las cargas y deudas sociales. Para esto último, se crea un estado de indivisión en el patrimonio que facilita y concluye con la liquidación del mismo.

La sociedad de gananciales se disuelve solo por causas taxativas, las mismas que se encuentran enunciadas expresamente en el artículo bajo comentario, siendo éstas las únicas razones que pueden ser alegadas para solicitar la conclusión del mencionado régimen. La principal causa de fenecimiento es, sin duda alguna, la disolución del vínculo matrimonial. Otro supuesto se presenta cuando cesa la vida en común sin haberse disuelto el matrimonio; tal es el caso de la separación de cuerpos y la declaración de ausencia de uno de los cónyuges; asimismo en el supuesto de que proceda la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, sea por decisión propia de los cónyuges o por orden de la ley como en el caso de la insolvencia.

Las causas por las que fenece el régimen de sociedad de gananciales, según lo estipulado en el artículo 318 del Código Civil, son las siguientes:

2.2.2.4.5.1 *Por invalidación del matrimonio.* La invalidez del matrimonio deja insubsistente el vínculo matrimonial; consecuentemente, debe terminar la sociedad de gananciales al no subsistir la institución que le dio origen. Si la sentencia que declara la invalidez del matrimonio, sea por nulidad o por anulabilidad, señala que ha habido buena fe por parte de ambos cónyuges, éstos conservarán su derecho a los gananciales y se procederá a la liquidación del régimen como si se tratara de un matrimonio válido resuelto por divorcio. Sin embargo, en el supuesto de que solo uno de los cónyuges haya actuado de buena fe, quien actuó sin ella pierde su derecho a los gananciales. Sobre este particular, Alex Plácido expone que el Código Civil no ha sido muy explícito respecto al destino de los bienes del cónyuge que actuó de mala fe.

Entendemos, de esta afirmación, que el cónyuge malicioso pierde su derecho a gananciales, pero no se ha precisado a quién serán entregados los bienes que le correspondía recibir. Expone, además, dicho autor, que bajo este supuesto "se afirma que los gananciales corresponden a cada uno de los cónyuges, al no existir en las reglas de liquidación de la sociedad de gananciales -artículos 320 a 324 del Código Civil distinción alguna sobre la situación del cónyuge de buena fe de la del malicioso".

Una razón de justicia haría pensar que en casos como éste, el cónyuge que actuó de mala fe, debería perder los gananciales en favor de aquél que actuó de buena fe.

En el supuesto de que ambos cónyuges hayan actuado de mala fe, el matrimonio será declarado nulo y no producirá efecto civil alguno, pues este matrimonio se entiende como ello. En consecuencia, se tornará inexistente el



régimen de sociedad de gananciales y, por ende, ninguno de los cónyuges tendrá derecho a gananciales. En estos supuestos, se procederá como en los casos de división y partición de comunidad de bienes, pero solamente si se probara que ha habido aportes de los cónyuges.

2.2.2.4.5.2. *Por separación de cuerpos.* "La separación de cuerpos (...) pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales (...)" (artículo 332 Código Civil). Ésta se produce por las causales enunciadas en el artículo 333, incisos del 1 al 13 del mencionado cuerpo legal; es decir, por: 1) Adulterio; 2) Violencia física o psicológica; 3) Atentado contra la vida del cónyuge; 4) Injuria grave, que haga insoportable la vida en común; 5) Abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; 6) Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; 7) Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía; 8) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio; 9) Homosexualidad sobreviniente al matrimonio; 10) Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio; 11) Imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; 12) Separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 (texto ampliado por el artículo 2 de la Ley NQ 27495 de 6 de julio de 2001); 13) Separación convencional después de transcurridos dos años de la

celebración del matrimonio 1ra disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 768 y recogida en el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil).

Basados en la comunidad de intereses entre los cónyuges, es evidente que la sociedad de gananciales no puede continuar al cesar la vida en común que lo fundamenta. En consecuencia, producida la separación de cuerpos, se dará por resultado inmediato el fin del régimen de la sociedad de gananciales, debiendo elaborarse el inventario de los bienes que formaron parte de la sociedad fenecida.

En este caso, tanto el cónyuge inocente como el culpable conservan su derecho a gananciales; salvo que se acredite la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal, en cuyo caso el culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación de hecho.

2.2.2.4.5.3. *Por divorcio.* La extinción del vínculo matrimonial por divorcio determina el fenecimiento de la sociedad de gananciales al desaparecer la causa que originó el surgimiento del régimen. De acuerdo con el artículo 349 del Código Civil, el divorcio se produce por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 al 12 del mencionado cuerpo legal, las mismas que hemos transcrito en el comentario al inciso anterior. En este caso, el cónyuge culpable pierde los gananciales que procedan de los bienes propios del inocente -vale decir, los frutos y productos de aquéllos- y, si bien se demostró la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal, también perderá los gananciales proporcionalmente a la duración de la

separación de hecho.

2.2.2.4.5.4. *Por declaración de ausencia.* El Código Civil define las figuras de desaparición y ausencia. De acuerdo con este cuerpo legal, la desaparición se produce cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero. La ausencia, por su parte, se produce cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido dos años sin noticias sobre su paradero.

La ausencia afecta, en mayor grado que la desaparición, la vida común. La declaración judicial al respecto torna en permanente esa situación; en consecuencia, al desaparecer el fundamento de la comunidad de intereses en la sociedad de gananciales, este régimen ya no puede continuar. En este supuesto, la posesión de los bienes del ausente quedará bajo la curatela de sus herederos forzosos, quienes asumirán la posesión temporal de aquéllos. Debemos remarcar que no se entrega la propiedad de los bienes, sino la posesión y administración de ellos, por lo tanto, quien hubiere obtenido la posesión no podrá enajenar ni gravar los bienes, salvo en casos de necesidad o utilidad, previa autorización judicial.

2.2.2.4.5.5. *Por muerte de uno de los cónyuges.* La muerte física provoca la disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, concluye el régimen de sociedad de gananciales. En el supuesto de muerte presunta, es decir, si se dan los siguientes supuestos: 1) cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad; 2) cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo

en circunstancias constitutivas de peligro de muerte; o, 3) cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido (artículo 63 del Código Civil); los efectos son similares a los producidos por la muerte física, siendo solo necesaria la declaración de este hecho para disolver el matrimonio, y -consecuentemente- la sociedad de gananciales.

En estos supuestos, la liquidación de la sociedad de gananciales será previa a la de la herencia el consorte muerto, pues solo así se podrá saber qué bienes integran la masa hereditaria.

Tratándose de muerte presunta, en el caso de que luego se produzca el reconocimiento de la existencia del declarado muerto presunto, el matrimonio no se reconstituye, tampoco la sociedad de gananciales; solo es posible que la persona cuyo reconocimiento de existencia ha sido declarado, haga valer su derecho a reivindicar sus bienes, dirigiendo su acción contra los herederos entre los cuales se hubiese practicado la partición de herencia.

*2.2.2.4.5.6. Por cambio de régimen patrimonial.* Sea que se sustituya convencional o judicialmente el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y también cuando ello ocurre por ministerio de la ley, el primero de los regímenes mencionados fenece. Como se sabe, el régimen patrimonial adoptado por los cónyuges puede sustituirse por su libre decisión, y de hecho es una figura que se viene adoptando con mayor continuidad. En la vida contemporánea es común que el marido y la mujer laboren, percibiendo remuneraciones independientes entre sí. Los cónyuges se esmeran para obtener mayores ventajas económicas, por lo que no es extraño que los contrayentes tomen por opción la celebración de un

matrimonio bajo el régimen de separación de patrimonios; asimismo, durante la vigencia del matrimonio, los cónyuges pueden optar por la modificación del régimen de sociedad de gananciales, sustituyendo el actual por el de separación de patrimonios.

Al respecto, el artículo 296 del Código Civil señala que "Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción".

Los cónyuges suelen optar por esta figura en los casos en que la naturaleza de sus ocupaciones laborales ponga en riesgo constante el patrimonio de la sociedad conyugal (por ejemplo grandes inversionistas).

La sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios por orden del juez, se produce cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden respecto de los bienes de la sociedad, sea que éste actúe por dolo o culpa.

Igualmente la sustitución judicial del régimen se solicita en el supuesto de declaración de insolvencia (ver Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal). Según sea el caso, puede ser solicitada la insolvencia de uno de los cónyuges o, en el supuesto de que se haya incumplido con los pagos de deudas sociales, se declarará la insolvencia de la sociedad conyugal.

La solicitud de insolvencia es solicitada por uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a 50 UITs y por el propio deudor cuando más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se

encuentren vencidas e impagas por un lapso mayor a 30 días.

La insolvencia es declarada cuando: a) el deudor no tiene la capacidad de pago de sus créditos exigibles y vencidos, en los procesos iniciados a solicitud de uno o varios acreedores; b) cuando se compruebe que más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un tiempo mayor a treinta días, en los procesos iniciados a pedido del deudor; c) cuando el deudor sea requerido para señalar bienes libres de gravámenes, bajo apercibimiento de ser declarada su insolvencia; d) cuando, en un concurso preventivo, no se apruebe -por más del 50% de los acreedores reconocidos- el acuerdo global de refinanciamiento propuesto.

La declaración de insolvencia produce la suspensión de la ejecución de embargos y demás medidas cautelares sobre bienes, dinero o derechos del insolvente; la suspensión de todos los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial en trámite que se sigan contra el insolvente y que tengan como objeto la ejecución de garantías reales, embargos o cualquier otra medida ordenada sobre los bienes; la nulidad de los gravámenes, transferencias y demás actos Y contratos, ya sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad, que afecten el patrimonio del insolvente y que hayan sido celebrados por éste dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que presentó su declaración de insolvencia o fue emplazado para acreditar su capacidad de pago.

Si se declara la insolvencia de la sociedad conyugal, forman la masa concursal los bienes sociales, y ante la falta o insuficiencia de ésta, ingresarán a la masa los bienes propios de cada cónyuge para responder a prorrata por

las obligaciones de la sociedad. Si se declara la insolvencia de un cónyuge, formarán la masa con la de sus bienes propios y, de ser el caso, la parte de los de la sociedad conyugal que le corresponde.

"Con la disolución del vínculo conyugal, fenece la sociedad de gananciales formada para poseer el derecho de propiedad respecto de un bien social, pasando los ex cónyuges a ser copropietarios del referido bien en proporción al cincuenta por ciento cada uno". (Cas. N° 1850-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 155)

#### **2.2.2.4.6 Acción fundada en adulterio**

De acuerdo al artículo 336° no puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción. Nos dice Javier Pazos Hayashida que el presente artículo establece un límite al ejercicio de la acción de separación fundada en la causal de adulterio. De este modo, no podrá interponer la referida acción, basada en la causal indicada, el cónyuge que la provocó, consintió o perdonó.

Debemos tener presente para el efecto que el adulterio surge a partir de la violación de una obligación esencial del matrimonio: la fidelidad. En nuestro sistema jurídico se ha entendido que se configura mediante el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona (CORNEJO CHÁVEZ).

*2.2.2.4.6.1 Provocación del hecho.* El legislador considera que en los casos en que el acceso carnal ha sido provocado por el otro cónyuge no podría intentarse la acción.

Nos encontramos ante casos en que el cónyuge que no comete la causal (no podemos llamarlo inocente) ha ordenado su ejecución o ha inducido a ella. En

otras palabras, se provoca el adulterio si uno de los cónyuges, obviamente de manera consciente, coloca al otro en circunstancias propicias para la generación de la causal (CABELLO).

Hay infinidad de ejemplos de provocación. Así se dará si uno de los cónyuges se convierte en proxeneta del otro. Así mismo, se configurará cuando se promuevan actos inmorales como la contratación de un tercero con el fin de mantener contacto sexual con el otro cónyuge.

2.2.2.4.6.2 *Consentimiento del hecho.* El segundo caso en que no puede intentarse la separación de cuerpos basada en la causal de adulterio es cuando el mismo ha sido consentido. En esta medida, el consentimiento determina la aceptación de la conducta indebida por parte del otro cónyuge. Dicho consentimiento, por propia definición, se manifiesta al mismo tiempo que la violación del deber de fidelidad. Esto es lo que lo diferencia del perdón, que se da necesariamente con posterioridad al mismo.

2.2.2.4.6.3. *Perdón del adulterio.* Tampoco puede intentarse la separación de cuerpos basada en la causal de adulterio con posterioridad a que éste haya sido perdonado. El perdón es un acto unilateral por el cual el cónyuge agraviado renuncia al derecho de invocar la causal que ha dispensado. Se diferencia de la reconciliación en cuanto esta última se configura a partir de la conjunción de la voluntad de ambos cónyuges (CABELLO).

El perdón se manifiesta a partir de una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita. El primero puede expresarse por escrito o de palabra, el segundo por actos. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio determina el perdón del mismo, impidiendo hincar o proseguir la acción.



2.2.2.4.6.4 *Alcances.* Se debe precisar que la causal de adulterio se configura en un solo acto. En este sentido, la provocación, el consentimiento, o el perdón solo abarcarán los actos materia de cada uno. De este modo, por ejemplo, el consentimiento de una relación con un tercero no determina la anuencia del cónyuge a la realización de actos similares posteriores. Lo mismo ocurre con el perdón que determina la dispensa exclusivamente de aquellos actos que han sido incluidos en él.

"Caduca el derecho a solicitar el divorcio cuando existe cohabitación con posterioridad a la fecha en que el cónyuge inocente conoció el adulterio".  
(Cas. N°1146-96, El C.C a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 167)

#### **2.2.2.5 Régimen de la patria potestad y de los alimentos**

Según el art. 3 de la Ley 27495, se modifica el art. 345 del Código Civil, simplemente añadiendo la expresión "o de separación de hecho" en ambos párrafos de dicho artículo, para mantener la coherencia legislativa, quedando por tanto el artículo redactado de la siguiente manera: "En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea convenientes, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341".

Estos artículos prescriben lo siguientes:

Art. 340.- "Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que

se encargue de todos o de alguno al otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en algunos de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido”.

Art. 341.- “En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos”.

#### ***2.2.2.5.1. Consideraciones generales en torno a la separación de hecho***

La norma bajo comentario fue introducida al Código Civil mediante la Ley N° 27495, publicada el 7 de julio de 2001. El primer párrafo del artículo 345-A remite a la causal de separación de cuerpos recogida por el inciso 12 del artículo 333 del Código, referida al supuesto de separación de hecho por dos años, o por cuatro si hubiesen hijos menores de edad.

El objeto de esta parte del artículo en comentario, es establecer la acreditación del pago de las obligaciones alimentarias como requisito para invocar la causal de separación de hecho citada. En este sentido, a efectos de entender el contexto de la norma, es preciso traer a colación algunos conceptos referidos

a la separación de hecho.

(PLÁCIDO, p. 206; ZANNONI, p. 117) Así, la separación de hecho debe cumplir con dos elementos, a saber: - Un primer elemento objetivo o material, consistente en la evidencia del quebrantamiento definitivo y permanente, sin solución de continuidad de la convivencia. - Un segundo elemento subjetivo o psíquico, determinado por la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de los cónyuges de no continuar viviendo juntos. Este elemento permite distinguir los supuestos en que la separación obedece a circunstancias involuntarias (guerras, prisión, etc).

La separación de hecho es frecuentemente confundida con el abandono, tipificado como causal de separación de cuerpos (o divorcio) en el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil. A efectos de distinguir entre estos dos conceptos, es preciso traer a colación un ejemplo: dos socios integrantes de una sociedad resuelven separarse. En este supuesto, aun cuando esta separación obedezca a motivos que justifiquen la salida por renuncia o culpa, en tanto ambos coincidan en la disolución y la practiquen convencionalmente, no podrá interpretarse que la disolución se produce por causal, debiendo entenderse que ella ocurre por mutuo consentimiento (FASSI, p. 382).

En este sentido, debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados (CARBONELL, pp. 286 y 287).

Conforme hemos indicado, la norma bajo análisis añade al elemento temporal de la separación de hecho, el requisito de la acreditación del pago de las obligaciones alimentarias. Este nuevo requisito es desarrollado a continuación.

2.2.2.5.1.1. *La obligación de pago de los alimentos.* Una vez configurada la situación descrita en el acápite precedente, es materia pacífica que, en

principio, el cónyuge que no sea culpable del rompimiento de la convivencia puede invocar la separación de hecho. No obstante, cabe advertir que esta facultad podría ser ampliada al cónyuge culpable.

En efecto, "la permanencia en el tiempo de una separación de hecho es la demostración de una demitida ruptura de la vida en común y un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de manera objetiva. En tal sentido, resulta ética mente permitido que cualquiera de los cónyuges -y por tanto, también el culpable alegue la separación de hecho cuando no quiere permanecer vinculado; lo que constituye la clara exteriorización de que ello es definitiva y desvanece cualquier esperanza de la vida conyugal" (PLÁCIDO, p. 207).

Entre los criterios para el otorgamiento de alimentos, es preciso tener en cuenta que "no es necesario que la mujer carezca absolutamente de recursos, sino que basta con que los que posee no sean suficientes. No se requiere tampoco que no le sea posible adquirirlos con su trabajo, pues subsiste la obligación del marido de sostenerla; ni está la mujer obligada a utilizar su capital propio antes de pedir alimentos al marido, pues los medios propios de que habla el artículo son los frutos de los capitales, o del trabajo o profesión, pero no los capitales mismos" (BELLUSCIO, p. 462).

Las mismas consideraciones resultan aplicables para el caso en que la mujer resulta obligada al pago de alimentos a favor de su marido.

Los alimentos a que se refiere la norma bajo comentario deben entenderse como aquellos a los cuales los cónyuges están obligados de manera normal, como si la separación no se hubiese producido. No obstante, la promoción de la separación altera significativamente la prestación alimentaria. En efecto, resulta evidente que la obligación de otorgar alimentos experimenta una modificación una vez decretada la separación de hecho (CORNEJO, p. 369).

Así, "aunque no haya convenio sobre la separación, si la separación de hecho

existe, no es posible entender desde el punto de vista jurídico que nada ha cambiado en el matrimonio y que deben aplicarse entre los cónyuges las mismas reglas que en los casos normales de la vida común." (DIEZ-PICAZO, p. 113).

Una vez iniciada la acción, los recursos económicos que reclame uno de los cónyuges, estarán determinados por la carencia de medios propios suficientes. Ello obedece a que dichos alimentos ya no se encuentran dirigidos a la manutención del hogar, entendido como institución unitaria o integrada, proyectada desde la convivencia, sino a la asistencia económica del cónyuge necesitado (ZANNONI, p. 194).

2.2.2.5.1.2. *La indemnización de los daños y perjuicios.* El Código peruano consagra de manera expresa la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados tanto de la separación de hecho como del divorcio. No obstante, existe un sector de la doctrina que rechaza esta posibilidad, pues se estima que implicaría lucrar con la deshonra, en especial en el caso de adulterio. Esta posición ha sido contestada bajo el argumento de que los hechos que pueden dar lugar a la separación, pueden ser circunstancias que se han generado por violar obligaciones derivadas del matrimonio. En este sentido, si estos hechos, además de ser ilícitos ocasionan un daño al otro cónyuge, dan lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar.

Bajo este razonamiento, debe tenerse presente que tal reparación no tiene nada de inmoral, pues no se trata de obtener un beneficio a costa de un hecho que resulta contrario al ordenamiento, sino de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, o indirectamente como consecuencia del divorcio. (BELLUSCIO, p. 464).

Estos fundamentos sirven de base a la opción asumida por el Código nacional. En adición a lo expuesto, es preciso tener en cuenta los siguientes aspectos (RIVERA, p. 290): En primer lugar, los cónyuges tienen derecho a

la indemnización de los daños, tanto materiales como morales, en la medida en que guarden relación de causalidad con los eventos que dieron origen a la separación.

- Asimismo, la indemnización se otorga como resultado de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido alguno de los cónyuges. En este sentido, no procede la indemnización en los supuestos en que la separación se hubiese producido de mutuo acuerdo, o cuando aquella tenga su origen en el hecho de un tercero (el mandato del juez, por ejemplo).

De otro lado, debe tenerse presente que la responsabilidad a que venimos aludiendo es de naturaleza eminentemente extracontractual, aun cuando se tratara de la indemnización derivada de la disolución anticipada de la sociedad conyugal.

Debe descartarse la posibilidad de que la indemnización constituya un efecto de producción obligatoria en las separaciones con atribución de culpa a uno de los cónyuges. Ello obedece a que las sanciones que se pudieran imponer al cónyuge que originó la separación, no excluyen la indemnización de los daños y perjuicios, habida cuenta que dicha sanción tiene naturaleza sancionatoria, mientras que la indemnización es de naturaleza reparatoria.

- Finalmente, debe tenerse en cuenta que el pedido de separación por causales objetivas no constituye un hecho antijurídico; por tanto, no genera obligación de reparación.

La ley 27495, en su art. 4, incorpora el art. 345-A al Código Civil, en el supuesto caso de que uno de los cónyuges resulte perjudicado por la separación de hecho que luego va a ser invocada como la causal de

separación de cuerpos o divorcio.

Al respecto esta ley establece tres medidas destinadas a cautelar al cónyuge inocente, lo cual es discutible, porque cuando se invoca esta causal, ya estamos, a mi concepto, en el divorcio remedio atenuado.

La primera, es que para invocar el inc.12 del art. 333, “el demandante deberá acreditar que ha cumplido con sus obligaciones alimentarias”. (A favor del otro cónyuge, porque aquí no se refiere a los hijos) que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo; es decir, que el demandante debe acreditar que ha cumplido con asistir económicamente en la subsistencia de la demandada cumpliendo con su obligación judicialmente declarada o por acuerdo extrajudicial.

Consideramos que la expresión “el daño personal”, se debe referir al concepto de “daño a la persona” que prescribe el art. 1985 del Código Civil.

Demos una breve explicación al respecto. Hay 3 clases de daños: a) Daño material, b) Daño moral y c) Daño a la persona.

**Daño material:** Es el perjuicio económico o patrimonial, fácilmente cuantificable por ejemplo, mientras dicto una charla chocan mi automóvil.

**Daño moral:** Es el perjuicio psicológico o extrapatrimonial que me causa dolor, desasosiego, tristeza y lágrimas. Por ejemplo matan a mi madre mientras cruzaba una avenida. Este daño es difícil de cuantificar o reparar; sin embargo, es posible una indemnización pecuniaria.

**Daño a la persona:** introducido por el Maestro Dr. Carlos Fernández Sessarego, en el Proyecto del Código Civil de 1984, en el art.17, que

lamentablemente fue suprimido por la Comisión Revisora, pero que aparece en el art. 1985 del mismo cuerpos de leyes, es la frustración de un proyecto de vida libremente escogido; por ejemplo que a aquel que tiene la vocación de ser futbolista y nada más que futbolista porque ese es su proyecto de vida, se le amputa una pierna. Sin una pierna podrá ser un buen abogado, pero no desea ser abogado, o podrá ser un gran médico pero no quiere ser médico, lo que ha deseado, desea y deseará es ser futbolista y nada más que futbolista y al cortársele una pierna le han frustrado su proyecto de vida. Parecería ser que cuando la norma dice “incluyendo el daño personal”, se estaría refiriendo a ese daño a la persona, es decir que el cónyuge perjudicado se ha visto frustrado en su proyecto de vida, es decir, de convivir con ese cónyuge y solamente en él y no con otro. La tercera medida es que el juez ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

#### ***2.2.2.5.2 Ejercicio de la patria potestad***

Referido al artículo 340, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos



menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

Patricia Taya Rutti nos menciona los siguientes puntos:

2.2.2.5.2.1. *Premisa.* En principio, para el caso de la separación convencional, el régimen de la patria potestad será regulado por el convenio firmado por ambos cónyuges, presentado con la demanda, teniendo eficacia jurídica con la sola expedición del auto admisorio. Por lo que el presente artículo desarrolla el tema de la patria potestad para el caso de la separación de cuerpos por causales específicas, regulando los efectos de la eminente separación en relación a los hijos comunes de los cónyuges a separarse; es aquí donde el juez puede incidir e incluso decidir sobre el régimen de la patria potestad.

2.2.2.5.2.2. *De la patria potestad.* La patria potestad es el derecho y el deber de los padres en cuidar de la persona y los bienes de sus hijos (artículo 418), cuidado que se manifiesta básicamente con la representación legal de los hijos en las relaciones jurídicas necesarias para la subsistencia y desarrollo en tanto que aquellos sean menores de edad.

2.2.2.5.2.3. *Suspensión de la patria potestad.* En principio, la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio; sin embargo en caso de separación de cuerpos aquélla será

ejercida por el cónyuge a quien se confían los hijos mediante la sentencia por lo que el otro cónyuge quedará suspendido en el ejercicio de la misma (artículos 419 y 420).

Dicha suspensión no es indefinida ya que podrá ser reasumida de pleno derecho ante la muerte del cónyuge a quien fue designada o ante la declaración de impedimento legal del mismo, por ejemplo ante la declaración de interdicción. Esto responde a que, como hemos señalado, la patria potestad se refiere básicamente a la representación legal de los hijos, por lo que el representante solo puede ser una persona capaz, así ante la incapacidad sobreviniente del cónyuge que la ejerce, será el otro cónyuge quien la asuma. Por otro lado, debido a la necesidad del menor de edad de ser representado en las relaciones jurídicas en las que participa, el presente artículo señala que ante la existencia de una causa grave que perjudica al desarrollo de los hijos, la patria potestad podrá ser ejercida incluso por un tercero, por lo que para este caso el juez podrá nombrar al menor un tutor que cuide de su persona y de sus bienes, pudiendo desempeñar dicho cargo los abuelos y otros ascendientes prefiriéndose el pariente más próximo al más remoto o al más idóneo, en igualdad de grado de parentesco (artículos 502 y 506).

*2.2.2.5.2.4. Conclusión de la Patria Potestad.* Una vez más se demuestra el sentido proteccionista del legislador en relación a los hijos menores de edad; si bien es cierto los actos jurídicos en que éstos participan adolecen de nulidad, si son menores de dieciséis, o de anulabilidad, si están entre los dieciséis y los dieciocho, éstos podrían realizar válidamente actos jurídicos necesarios para su subsistencia. El espíritu de la ley en relación al tema de la

separación de cuerpos, se basa en que aun ante los problemas conyugales que pudieran existir entre los cónyuges, los hijos deben contar con la protección del sistema en beneficio de los mismos.

"Esta norma sólo es aplicable a los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, mas no en los casos de disolución del vínculo por mutuo acuerdo". (Cas. N° 2096-97-Lima, El Peruano, 16/01/99, p. 2481)

### ***2.2.2.5.3 Plazo de Conversión***

El art. 6 de la ley 27495, modifica el Artículo 354 del Código Civil, incluyendo la causal de separación de los cuerpos por separación de hecho, y estableciendo que transcurridos 6 meses desde notificada la sentencia, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Esto significa que la causal de separación de cuerpos legal por separación de hecho, ahora es igual que la separación convencional y más, es decir, que el propio demandante, en este caso, puede pedir la ulterior disolución del vínculo conyugal; significando ello que se puede pedir la separación de cuerpos o el divorcio por causal propia.

Hasta aquí las modificaciones a los artículos referidos del Código Civil; pero, esta ley 27495, modifica también los artículos 480 y 573 del Código Procesal Civil, que se refieren a la tramitación y la aplicación supletoria.

*2.2.2.5.3.1 Tramitación y Aplicación Supletoria.* El artículo 7 de la ley 27495 modifica el art. 480 del Código Procesal Civil, estableciendo que las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales

señaladas en los incisos de 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con sus propias particularidades del sub capítulo, es decir, que se incluye las causales de imposibilidad de hacer vida en común y la separación de hecho, en el trámite del proceso de conocimiento, pues, el Código Procesal Civil, se refiere sólo a las causas establecidas en los incisos del 1 al 10; o sea: 1. el adulterio, 2. la violencia física o psicológica, 3. el atentado contra la vida del cónyuge, 4. la injuria grave. 5. el abandono injustificado, 6. la conducta deshonrosa, 7, el uso e injustificado de drogas. 8. la enfermedad grave de transmisión sexual, 9. la homosexualidad y 10. la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad.

En cuanto a la aplicación supletoria, lo que hace es variar el número del inciso referido a la separación convencional, que en el Código Civil estaba en el inc. 11 y al haberse incluido 2 causales más, ahora aparece en el inciso 13, estableciendo que tanto la separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio de conformidad con el inc. 13 del art.222 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo, con las particularidades de este sub-capítulo.

En definitiva, con esta ley, el divorcio empezará a ser percibido como un derecho humano, como dice el Magíster en Derecho Civil, David Percy Quispe Salsavilca, más allá que al cónyuge perjudicado se le pague alimentos, o el otro pierda los gananciales procedentes de los bienes propios del otro, aún en tal eventualidad, se habrá recuperado la aptitud nupcial a raíz de actos

dependientes de la voluntad.

2.2.2.5.3.2 *Disposiciones Complementarias y Transitorias.* Esta ley tiene tres disposiciones complementarias y transitorias: La primera, establece que “la presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos la sociedad en vigencia fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley”.

Esta prescripción es discutible y opinable, porque no se precisa adecuadamente si esta norma es de aplicación retroactiva o no; pues según el art. III del Título Preliminar del Código Civil se establece que “la Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú” y ésta, prescribe, en el segundo párrafo del Art. 103, “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

En fin, será el desarrollo jurisprudencial, en la aplicación concreta de la norma en la decisión jurisdiccional de los magistrados, que se esclarezca el contenido de esta disposición, pues no se ha publicado la exposición de motivos que nos proporcione mayor claridad y elementos de juicio al respecto.

La segunda Disposición Complementaria y Transitoria, establece que “en los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos 1 al 13 del artículo 333 del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 y 13 del referido artículo en un plazo no

mayor de treinta días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley (8 de julio del 2001) no siendo aplicable por excepción, lo dispuesto en el artículo 428 del Código Procesal Civil”.

La modificación se refiere a que el Código Procesal Civil, prescribía que “el demandante puede modificar la demanda antes de que sea notificada”, es decir, que a la fecha, las demandas existentes por las otras causales diferentes a la imposibilidad de hacer vida en común y de separación de hecho, tendrían que haber sido ya modificadas, independientemente de que hayan sido notificadas o no.

Finalmente, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria, establece que “para los efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”, que por su claridad no nos merece mayores comentarios.

#### ***2.2.2.5.4 Presunción del régimen de sociedad de gananciales***

Cuando se celebra el matrimonio entre los cónyuges, teniendo en cuenta el no tener defecto de forma o fondo conforme a lo establecido, la sociedad conyugal no constituye una persona jurídica, esta no equivale a la copropiedad, ni es un sujeto de derecho distinto e independiente de los cónyuges; esta institución se desarrolla y extingue con la culminación del matrimonio que se rige por orden público el desconocimiento de los cónyuges de dicha posibilidad de elección antes del matrimonio es el principal motivo de su poca frecuencia.

2.2.2.5.4.1 *Régimen de separación de patrimonios.* En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes (artículo 327). A pesar del reconocimiento de autogobierno de cada cónyuge respecto a los bienes de su titularidad, en aplicación del principio superior de interés de la familia y el reconocimiento de las obligaciones de sustento que corresponden a ambos cónyuges, los frutos e intereses de los bienes propios pueden ser restringidos o suprimidos por el juez en los casos en que cualquier acto de gestión de los bienes perjudique o ponga en peligro el sustento de la familia. Cada cónyuge responde de las deudas que contraiga por sí solo con sus bienes propios (artículo 328).

2.2.2.5.4.2 *Separación de bienes por mandato judicial o por imperio de la ley.* Encontrándose vigente el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para que lo sustituya por el de separación de patrimonios en los casos en que se sienta agraviado por los actos del otro, que constituyan abuso de las facultades que le corresponden o cuando actúa con dolo o culpa, arriesgando la conservación del patrimonio familiar (artículo 329). La sentencia es acto inscribible en el Registro de Personas Naturales para que surta efecto frente a terceros.

2.2.2.5.4.3. *Sustitución de pleno derecho del régimen patrimonial.* Ocurre la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en los casos en que se declara la insolvencia de uno de los

cónyuges. Es exigible la inscripción en el Registro de Personas Naturales para que produzca efectos frente a terceros.

2.2.2.5.4.4. *Clasificación de los bienes.* El Código establece que en el régimen de sociedad de gananciales pueden existir bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad. La condición de cada bien ha sido determinada de manera taxativa por el legislador, según detalle que transcribimos más adelante. Resulta pertinente comentar que, a pesar de los esfuerzos del legislador por incluir en su relación todos los bienes y las posibles transacciones que se pueden presentar respecto de los bienes que conforman la sociedad de gananciales, en el transcurso de los últimos 30 años que tiene de vigencia el Código, se han presentado diversas transformaciones en cuanto a la naturaleza, la clasificación, el valor patrimonial, los contratos que se pueden presentar respecto de los bienes, etc., que el Código no pudo prever y respecto de las cuales, las reglas que tiene establecidas no resultan de aplicación. En tales casos, las controversias que han surgido han tenido que ser resueltas por los tribunales, previa valoración de cada situación.

2.2.2.5.4.5. *Bienes Propios.* Los bienes propios son todos aquellos que se adquieren antes del matrimonio. Este ejerce su derecho de propiedad por sí mismo y sin restricciones; no obstante, los frutos, rentas y productos que puedan derivarse del bien forman parte del patrimonio social.

El artículo 302 califica como bienes propios los siguientes: Artículo 302°.-

Son bienes propios de cada cónyuge: 1.- Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales. 2.- Los que adquiriera durante la vigencia



de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido de aquella. 3.- Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito. 4.- La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. 5.- Los derechos de autor e inventor. 6.- Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio. 7.- Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. 8.- La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. 9.- Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

### 2.3. Marco Teórico Conceptual

**ABANDONO DE HOGAR.** Es causal de divorcio el abandono injustificado del hogar por más de dos años, como requisito fundamental, se debe tener en cuenta que se considera la salida física del domicilio conyugal sin que medie justificación alguna y además desentenderse de todas sus obligaciones económicas tanto para con los hijos como con su cónyuge (Julián Bonnecase, 2005).

**ADULTERIO.** “Establece que es causa de separación de cuerpos y divorcio, la causal de adulterio. El adulterio se configura con el simple acto sexual de una mujer y un varón fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente pero intencional.” (María Vaello, 1990).

**ALIMENTOS.** Los alimentos se regulan en proporción a las necesidades de quien debe recibir y a las posibilidades de quien deba brindarlos y a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor (Marianella Ledesma, 1995).

**CALIDAD.** “Es la propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie (Real Academia de la Lengua Española, 2001). Carga de la prueba. Obligación consistente en poner a cargo de un litigante la demostración de la veracidad de sus proposiciones de hecho en un juicio. El requerimiento es facultad de la parte interesada de probar su proposición, Obligación procesal a quién afirma o señala” (Poder Judicial).

**CALIDAD DE REBELDÍA.** Clasifican la rebeldía en total y parcial, el demandado que no comparece, emplazado legalmente, o el demandante que

se separe del juicio después de que la demanda ha sido contestada incurren en la primera de estas formas de rebeldía; la parte que no comparece a realizar un determinado acto procesal queda incurso en la segunda (De Pina y Castillo Larrañaga, 1995).

**COHABITACIÓN.** Defiende que los fines del matrimonio en tanto alcanzan la naturaleza de tales fines en cuanto se los considera unitariamente, íntimamente entrelazados (Alberto de la Hera, 1966).

**CÓNYUGES.** El marido o su mujer unidos por legítimo matrimonio (Guillermo Cabanellas, 2008).

**COSTAS Y COSTOS.** La orden del pago de costos y costas es una consecuencia accesoria al fallo que se decreta en un proceso judicial, representando una condena al vencido para resarcir los gastos incurridos por el vencedor. Según el Código Procesal Civil, las costas están constituidas por las tasas judiciales, honorarios de los órganos de auxilio judicial y demás gastos judiciales realizados. (Erika Tejada, 2008).

**DAÑO MORAL.** El daño moral se suele definir como todo aquel daño que no tiene naturaleza puramente patrimonial y podrían concebirse como todo aquellos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas, requiere que sea cierto, real y existente, sin perjuicio que la resolución judicial pudiera cuantificar determinados daños morales futuros (Alexander Bermúdez, 2016).

**DEBERES CONYUGALES.** Como característica propia los deberes

conyugales (clásicos), dependen de la esencia íntima del matrimonio, son recíprocos y tiene un carácter fundamentalmente moral, sustraído casi siempre a la acción del derecho (Castán Tobeñas, 2003).

**DERECHOS FUNDAMENTALES.** “Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado” (Poder Judicial).

**DISTRITO JUDICIAL.** “Parte de un territorio en donde un Juez o Tribunal ejerce jurisdicción” (Poder Judicial).

**DOCTRINA.** “Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aun no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes” (Cabanellas, 1998).

**DOMICILIO CONYUGAL.** Es aquel en el cual los cónyuges viven de consumo o, en su defecto, el último que compartieron, el varón era quien fijaba el domicilio conyugal. Hoy en día el citado domicilio es “aquel en el cual los cónyuges viven de consuno, y en su defecto, el último que compartieron”. Es así que el domicilio conyugal constituye de común acuerdo entre marido y la mujer (Mascareñas, 2000).

**EXPRESA.** “Claro, evidente, especificado, detallado. Ex profeso, con intención, voluntariamente de propósito” (Cabanellas, 1998).

**INDEMNIZACIÓN.** El concepto de indemnización, por su uso asentado en la conciencia jurídica peruana, debiera considerarse sinónimo al concepto de resarcimiento, que es perfectamente posible afirmar el uso del vocablo indemnización con un carácter general y polisémico” (Gastón Fernández, 2000).

**MENESTER.** Procede del latín ministerium y hace referencia a la falta o la necesidad de algo. Lo menester es aquello que se necesita o que se precisa por algún motivo (Julián Pérez, 2011).

**PRESCRIPCIÓN.** Da una noción genérica de la prescripción, señalando que es un medio o modo por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo modifica sustancialmente una relación jurídica (Vidal Ramírez, 1985).

**PRETENSIÓN.** La palabra pretensión denota la acción de “pretender, que procede del latín praetendere, esto es, procurar o solicitar alguna cosa haciendo las diligencias para su consecución” (Oevis Echeandía, 1994).

**SEPARACIÓN DE CUERPOS.** Es aquella situación del matrimonio, en la que subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones (entiéndase cese del régimen patrimonial de sociedad de gananciales) obedeciendo al hecho que determina un alejamiento o distanciamiento personal. Tengamos en cuenta que por la separación de cuerpos no se extingue aun definitivamente el vínculo matrimonial, ya que éste solo podrá ser disuelto en un segundo momento denominado divorcio ulterior (Diez Picazo, 2006).

### **III. Hipótesis**

De acuerdo a los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, establecidos en el presente estudio, la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del distrito judicial de Cañete; 2020, son de rango muy alta, respectivamente, asimismo respecto a los objetivos específicos planteados se determinó que la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive de la sentencia de primera instancia, son de rango muy alta, muy alta y muy alta respectivamente, de la misma manera la calidad de la parte expositiva, considerativa, resolutive de la sentencia de segunda instancia, fueron de muy alta, muy alta y muy alta respectivamente.

Los resultados parciales de la sentencia de primera instancia fueron:

El cuadro 1, revela que la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la introducción, y la postura de las partes, que fueron de rango: muy alta y muy alta, respectivamente.

El cuadro 2, revela que la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho, que fueron de rango: alta y muy alta, respectivamente.

El cuadro 3, revela que la calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión, que fueron de rango: muy alta y muy alta; respectivamente.

Los resultados parciales de la sentencia de la segunda instancia fueron:

El cuadro 4, revela que la calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia fue de rango muy alta. Se derivó de la calidad de la introducción, y la postura de las partes que fueron de rango: alta y muy alta, respectivamente.

El cuadro 5, revela que la calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia fue de rango: Muy alta. Se derivó de la calidad de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho, que fueron de rango: muy alta y muy alta; respectivamente.

El cuadro 6, revela que la calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia fue de rango muy alta. Se derivó de la calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión, que fueron de rango: muy alta y muy alta, respectivamente.

## **IV. Metodología**

### **4.1. Tipo y nivel de investigación**

El tipo de investigación, al elaborar el proyecto, se define preliminarmente desde la etapa de identificación y formulación del problema; sin embargo, cada etapa del proceso de investigación provee elementos que sirven para su selección definitiva.

La revisión de literatura y consulta a personas conocedoras del tema de investigación contribuyen a una mejor elección. (H. de Canales, F. y otras 1989.)

Clasificación de los tipos de investigación

Para Fiallo Rodríguez J.P. y otros (2008) los tipos de investigación obedecen

adiferentes “criterios de clasificación”. Los criterios de clasificación de la investigación pedagógica no son mutuamente excluyentes; una misma investigación puede clasificarse en distintas categorías según el criterio de clasificación que se asuma. Según los autores, los tipos de investigación, en general, se trata de matices a partir de dos grandes enfoques bien definidos: la investigación cuantitativa y la investigación cualitativa.

#### **4.1.1. Tipo de investigación: Cualitativo**

**Enfoque Cualitativo:** las actividades de recolección, análisis y organización de los datos se realizarán simultáneamente (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Se caracteriza porque son estudios intensivos y de profundidad que se aplican, por lo general, en muestras pequeñas para lograr la interpretación del fenómeno que se quiere investigar. A este tipo de investigación le interesa lo particular; lo contextual, los relatos vividos, predomina el método inductivo. Se adscriben a este enfoque los estudios de casos, la investigación acción, la investigación etnográfica, entre otros.

#### **4.1.2. Nivel de investigación: exploratorio – descriptivo**

**Exploratorio:** porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito será examinar una variable poco estudiada; además, hasta el momento de la planificación de investigación, no se han encontrado estudios similares; mucho menos, con una propuesta metodológica similar. Por ello, se orientará a familiarizarse con la variable en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Es considerada como el primer acercamiento científico a un problema. Se



utilizacuando este aun no ha sido abordado o no ha sido suficientemente estudiado y las condiciones existentes no son aun determinantes. Cuando no existe un cuerpo teórico abundante que ilumine el estudio sobre el fenómeno observado y los resultados que se obtengan sea un aporte al reconocimiento de los elementos que lo integran. No se conocen con precisión las variables puesto que ellas surgen del mismo estudio. No se plantean hipótesis. La muestra es pequeña. Trata de describir o explicar, o ambas a la vez, los fenómenos en estudio. Tiene carácter provisional en cuanto que se realiza para obtener un primer conocimiento de la situación donde se piensa realizar una investigación posterior.

**Descriptivo:** porque el procedimiento de recolección de datos, permitirá recoger información de manera independiente y conjunta, su propósito será identificar las propiedades o características de la variable (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Será un examen intenso del fenómeno, bajo la permanente luz de la revisión de la literatura, orientada a identificar, si la variable en estudio evidencia, un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004).

Tiene como objetivo la descripción de los fenómenos a investigar, tal como es y cómo se manifiesta en el momento (presente) de realizarse el estudio y utiliza la observación como método descriptivo, buscando especificar las propiedades importantes para medir y evaluar aspectos, dimensiones o componentes. Pueden ofrecer la posibilidad de predicciones, aunque rudimentarias. Se sitúa en el primer nivel de conocimiento científico. Se incluyen en esta modalidad gran variedad de estudios (estudios

correlacionales, de casos, de desarrollo, etc.) Ejemplo: Investigación sobre la estructura socio económica y rendimiento académico de los estudiantes.

**4.2. Diseño de investigación:** no experimental, transversal, retrospectivo

**No experimental:** porque no habrá manipulación de la variable; sino observación y análisis del contenido. El fenómeno será estudiado conforme se manifestó en su contexto natural, en consecuencia, los datos reflejarán la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

El investigador acopia datos sin tratar de introducir tratamientos nuevos ni cambios; se hacen observaciones o mediciones acerca de estados, circunstancias, conductas o características existentes. (F. Polit Denise y P. Hungler Bernadette. 1985).

Según los autores antes mencionados, hay, en esencia, dos grupos amplios de investigación no experimental y son:

a. Investigación ex post facto

Cuya traducción literal es “a partir de después del hecho”. Esta expresión significa que la investigación de que se trata se efectuar después que han ocurrido las variaciones en la variable independiente en el curso natural de los acontecimientos.

b. Investigación descriptiva pura

Los estudios descriptivos no se refieren a relaciones entre variables. Su finalidad es observar, describir y comprobar aspectos de una situación.

**Retrospectivo:** porque la planificación y recolección de datos se realizará de registros, de documentos (sentencias), en consecuencia, no habrá

participación del investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010). En el texto de los documentos se evidenciará el fenómeno perteneciente a una realidad pasada.

Es aquella en la que el investigador indaga sobre hechos o fenómenos ocurridos en el pasado, reconstruyendo los acontecimientos y explicando su desarrollo, y también fundamentando su significado en el contexto del que ha surgido.

En algunas investigaciones se registra información sobre hechos ocurridos anteriormente a la planificación del estudio, y el registro continuo según los hechos; estos son las investigaciones retrospectivas.

**Transversal:** porque los datos pertenecerán a un fenómeno que ocurrió por única vez en el transcurso del tiempo (Supo, 2012; Hernández, Fernández & Batista, 2010). Este fenómeno, quedó plasmado en registros o documentos, que viene a ser las sentencias; por esta razón, aunque los datos se recolecten por etapas, siempre será de un mismo texto.

Cuando el estudio se circunscribe a un momento puntual, un segmento de tiempo durante el año a fin de medir o caracterizar la situación en ese tiempo específico. Estudia las variables simultáneamente en determinado momento, haciendo un corte en el tiempo; en este tiempo no es importante en relación con la forma en que se dan los fenómenos.

Por ejemplo, el número de palabras leídas por minuto por las estudiantes de educación primaria.

#### **4.3. Objeto de estudio y variable en estudio**

Objeto de estudio: estará conformado por las sentencias de primera y segunda

instancia, de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho existente en el Expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, perteneciente al Segundo Juzgado de Familia de la ciudad de Cañete, del Distrito Judicial del Cañete.

Variable: la variable en estudio es, la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho. La operacionalización de la variable se evidencia como Anexo 1.

#### **4.4. Fuente de recolección de datos.**

Fue el expediente judicial N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, perteneciente al Segundo Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Cañete, del Distrito Judicial de Cañete, seleccionado, utilizando el muestreo no probabilístico por conveniencia, por cuestiones de accesibilidad (Casal, y Mateu; 2003).

#### **4.5. Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos.**

Se ejecutará por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz Gonzáles (2008). Estas etapas serán:

**4.5.1. La primera etapa: abierta y exploratoria.** Será una actividad que consistirá en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, estará guiado por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión será una conquista; es decir, será un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretará, el contacto inicial con la recolección de datos.

**4.5.2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección**

**de datos.** También, será una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitará la identificación e interpretación de los datos, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales.

**4.5.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático.** Será una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura. El instrumento para la recolección de datos, será una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f), estará compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituirán en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se evidencia como Anexo 2.

#### **4.6. Matriz de Consistencia.**

En opinión de Ñaupas, Mejía, Novoa, y Villagómez, (2013): “La matriz de consistencia es un cuadro de resumen presentado en forma horizontal con cinco columnas en la que figura de manera panorámica los cinco elementos básicos del proyecto de investigación: problemas, objetivos, hipótesis, variables e indicadores, y la metodología” (p. 402).

Por su parte, Campos (2010) expone: “Se presenta la matriz de consistencia lógica, en una forma sintética, con sus elementos básicos, de modo que facilite la comprensión de la coherencia interna que debe existir entre preguntas, objetivos e hipótesis de investigación” (p. 3). En el presente trabajo la matriz de consistencia será básica: problema de investigación y

objetivo de investigación; general y específicos; respectivamente.

A continuación, la matriz de consistencia de la presente investigación en su modelo básico.

Título: Calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente judicial N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Cañete.  
Investigación realizada en Cañete 2020.

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
¿Cuál es la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente judicial N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Cañete?	<p><b>Objetivo General</b></p> <p>Determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente judicial N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del distrito judicial de Cañete; 2008.</p>			<p><b>Tipo de investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por su finalidad: Aplicada.</li> <li>- Por su diseño: No experimental.</li> <li>- Por su enfoque: Cualitativo.</li> <li>- Por su ámbito poblacional: Estudio de casos.</li> </ul>
	<p><b>Objetivo Específico</b></p> <p><i>Sentencia de Primera Instancia</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la introducción y la postura de las partes.</li> <li>2. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la motivación de los hechos y el derecho.</li> <li>3. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.</li> </ol> <p><i>Sentencia de Segunda Instancia.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la introducción y la postura de las partes.</li> <li>2. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la motivación de los hechos y el derecho.</li> <li>3. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.</li> </ol>	<p>De acuerdo a los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, establecidos en el presente estudio, la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02 del distrito judicial de Cañete; 2008, son de rango muy alta y muy alta, respectivamente.</p>	<p>Calidad de las sentencias en los procesos culminados en los Distritos Judiciales del Perú</p>	<p><b>Diseño de investigación</b></p> <p>Nivel de investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descriptiva</li> </ul> <p><b>Plan de Análisis de Recolección</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 1ra. etapa</li> <li>- Abierta y exploratoria</li> <li>- 2da. etapa</li> <li>- Sistemática y técnica</li> <li>- 3ra. etapa</li> <li>- Análisis sistemático profundo.</li> </ul>

#### **4.7. Población y Muestra**

**4.7.1. Población.** Según la naturaleza ciencia social, la presente investigación jurídica y acatando lo que se ha dispuesto por la línea de investigación por la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote (ULADECH), no existe población para esta investigación por tratarse de un expediente único.

**4.7.2. Muestra.** Para la presente investigación constituye muestra el Exp. N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del distrito judicial de Cañete, sim embargo es necesario precisar que la presente investigación ha sido debidamente autorizada por el departamento académico de investigación de esta universidad, en la ciudad Cañete 2020.

#### **4.8. Consideraciones éticas**

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estará sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad. (Universidad de Celaya, 2011) El investigador asume estos principios, desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Se suscribirá una Declaración de Compromiso Ético, que se evidenciará como Anexo 3.

#### **4.9. Rigor científico.**

Para asegurar la confiabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010), se ha insertará el objeto de estudio: sentencias de primera y segunda instancia, que se evidenciará como Anexo 4.



Finalmente se informa que: la elaboración y validación del instrumento; la operacionalización de la variable (Anexo 1); Los procedimientos para la recolección, organización y calificación de los datos (Anexo 2); el contenido de la Declaración de Compromiso Ético (Anexo 3); el diseño de los cuadros para presentar los resultados, y el procedimiento aplicado para la determinación de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio, fue realizado por la Abog. Dione L. Muñoz Rosas (Docente en investigación – ULADECH Católica – Sede Central: Chimbote – Perú).



	<b>Parte expositiva:</b>	<i>receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</i>											
<b>Postura de las partes</b>	<p><b>I. Demanda:</b></p> <p><b>Identificación de partes y petitorio:</b> Resulta de autos (de fojas 08/13 y 21), M.P.M, interpone demanda de Divorcio por causal de Separación de Hecho y la dirige contra su cónyuge M.N.B.S y el Ministerio Público, a fin de que previo tramite de ley se expida sentencia declarando la disolución del vínculo matrimonial y envía de acumulación originaria, como:</p> <p>1.- Pensión de alimentos, 2.- Patria potestad y régimen de visitas, 3.- Se de fin, (a los deberes conyugales), por fenecido el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.</p> <p><b>1. Fundamentos.</b></p> <p><b>De Hecho.</b></p> <p>a). Sustenta su demanda en que “contrajo matrimonio civil con la demandada por ante la Municipalidad Distrital de Imperial, Provincia de Cañete – Lima”, habiendo procreado a su hijo J.M.P.B, que a la fecha (de interposición de la demanda), contaba con 24 años de edad y es suboficial de la Policía Nacional del Perú.</p>	<p><i>1. Explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante. Si cumple</i></p> <p><i>2. Explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado. Si cumple</i></p> <p><i>3. Explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos expuestos por las partes. Si cumple</i></p> <p><i>4. Explícita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver. si cumple</i></p> <p><i>5. Evidencia claridad: el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</i></p>					X						<b>10</b>

<p>b) Que, con la demandada, se produjo la separación de hecho por un periodo ininterrumpido mayor de dos años, que su matrimonio tuvo una duración de aproximadamente de dos años, (resaltado) que se encuentra separado desde el 12 de Marzo de 1985 desde esa fecha no haber hecho vida en común con la demandada, que no ha operado la caducidad.</p> <p>c) Que durante la unión matrimonial no han adquirido bienes muebles e inmuebles por lo que no tienen nada que liquidar.</p> <p><b>De Derecho.</b></p> <p>d) Ampara su demanda en las disposiciones legales que invoca artículos 332, 333 inciso 12 del código civil, así como el 480° 425° y siguientes del código procesal civil.</p> <p><b>II. Actividad jurisdiccional</b></p> <p><b>1. Admisorio de la demanda.</b> - Interpuesta “la demanda de divorcio por causal de separación de hecho”, esta fue admitida a trámite por resolución número tres, (folios 27) corriéndose traslado a los demandados.</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p><b>2.Contestacion de la demanda.</b> - a) El Ministerio Público absolvió la demanda con su escrito, (de folios 42/43), por lo que, mediante resolución número cinco, de fecha nueve de diciembre del dos mil ocho, se tiene por contestada la demanda. B) M.N.B.S contesta la demanda con el escrito (de fojas 37/38) entre otros argumentos sostiene: I. Que, es falso que estamos separados de hecho desde el 12 de marzo del 1985 pues el demandante por motivo de trabajo viajaba y venía con engaños y lo perdonaba y volvíamos a rehacer nuestra relación sentimental, hasta que comprobé que mi cónyuge realizaba doble vida sentimental tanto con mi persona y con A.O.H con quien ha tenido tres hijos y después de comprobada esta infidelidad el demandante se retiró a vivir en adulterio con su otro compromiso.</p> <p>II. Desde que se retiró del hogar conyugal nos dejó en estado de abandono y aproximadamente han transcurrido 13 años, al estar separados tuve que interponer demanda de alimentos, solo abona el 10% de su sueldo para cada uno (hijo y cónyuge) no cubre los daños y perjuicios que me ha causado en perjudicar mi juventud fue su esposa desde los 20 años de edad, y ha perjudicado el desarrollo de una vida familiar estable con el desarrollo de nuestro único hijo, pues</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>su educación primaria y profesional lo he asumido sin contar en el apoyo económico del demandante. III. El demandante tiene propiedades y números de cuentas en diferentes entidades (respecto) de los alimentos que son irrenunciables, vengo percibiendo el 10% de sus remuneraciones, sin embargo, de manera simultánea con esta demanda ha interpuesto demanda de exoneración de alimentos. IV. Ampara esta contestación de la demanda en el artículo 287, 351 y siguientes del código civil.</p> <p><b>3.Saneamiento, fijación de puntos controvertidos.-</b> Que, se a declarado saneado el proceso y la existencia de una relación jurídico procesal valida, se ha concedido el plazo de ley a efectos de que las partes propongan los punto controvertidos, habiéndose fijado con fecha dieciséis de marzo del dos mil diez. a) Determinar si los cónyuges se encuentran separados por periodo ininterrumpido mayor de dos años, b) Determinar si el demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias a favor de su cónyuge y su hijo. c) Determinar o establecer quien fue el cónyuge responsable de la separación de hecho, que se demanda para los efectos de la indemnización dispuesta por ley. d) pronunciamiento respecto de los alimentos y la</p>											
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p>sociedad de gananciales, que se realizó el saneamiento probatorio, admitiéndose y teniéndose presente los medios de prueba, (ofrecidos por parte) se llevó la audiencia de pruebas en los términos del acta de fojas 100/ 103 y habiéndose expedido resolución de fecha treinta y cuatro de fecha diecisiete de diciembre, con los expedientes a la vista:</p> <p>1.-Expediente N°00288-2008-0-0801-JP-FC-02 materia exoneración de Alimentos seguido entre las partes, 2.- Expediente N°743 – 92 Materia Prorrato de Alimentos, seguido entre las partes su estado es la de dictar sentencia.</p>												
--	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro diseñado por la Abog. Dionea L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial del Cañete.

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la introducción, y de la postura de las partes, se realizó en el texto completo de la parte expositiva incluyendo la cabecera.

**LECTURA.** “El cuadro 1, revela que la calidad de la **parte expositiva de la sentencia de primera instancia** fue de rango: **muy alta**. Se derivó de la calidad de la introducción, y la postura de las partes, que fueron de rango: muy alta y muy alta, respectivamente. En la introducción, se encontraron los 5 parámetros previstos: el asunto; la individualización de las partes; encabezamiento, la claridad y los aspectos del proceso”. Por su parte, en la postura de las partes, se encontraron 5 de los 5 parámetros previstos: explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante; explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado; explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos expuestos por las partes, la claridad y explícita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver.



**Cuadro 2: Calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho; con énfasis en la calidad de la aplicación del principio de motivación de los hechos y la motivación del derecho en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete.**

Parte considerativa de la sentencia de primera instancia	EVIDENCIA EMPIRICA	Parámetros	Calidad de la motivación de los hechos y el derecho					Calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			2	4	6	8	10	[1 - 4]	[5 - 8]	[9 - 12]	[13- 16]	[17-20]
Motivación de los hechos	<p><b>Parte considerativa.</b></p> <p><b>De la premisa normativa.</b></p> <p><b>De carácter sustantivo.</b></p> <p>1. Que el numeral 12 del artículo 333° del código civil modificado por la Ley 27595 establece como causal de “separación de cuerpos. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si lo cónyuges tuvieran hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335”, razón por la cual dicha causal puede ser alegada por cualquiera de ellos ya que no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado, a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios, por otro lado el artículo 349° del código sustantivo civil modificado por el</p>	<p>1. Las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas. <i>(Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es). si cumple</i></p> <p>2. Las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas. <i>(Se realiza el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos, se ha verificado los requisitos requeridos para su validez).</i><b>Si cumple.</b></p> <p>3. Las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta. <i>(El contenido evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examina todos los posibles resultados probatorios, interpreta la prueba, para saber su significado).</i> <b>no cumple/</b></p> <p>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. <i>(Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio</i></p>				X						

	<p>artículo 5° de la ley 27595 dispone que puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333° inciso 1 al 12 en ese contexto “el artículo 348° del Código Civil señala que el divorcio disuelve el matrimonio, siendo que la separación de hecho consiste en la interrupción de la cohabitación conyugal sin</p>	<p><i>probatorio para dar a conocer de un hecho concreto</i>).<b>Si cumple</b>  <b>5.</b> Evidencia claridad (<i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas</i>). <b>Si cumple.</b></p>										
<p style="text-align: center;"><b>Motivación del derecho</b></p>	<p>que haya propósito de re normalizar la vida en común, situación fáctica en la que se encuentran los cónyuges que sin previa decisión judicial infringen el deber de hacer vida en común, expresándose de modo permanente y por voluntad de uno o ambos cónyuges”.</p> <p>2. Que sobre el particular, la doctrina señala que “los elementos configurativos de la causal de divorcio por separación de hecho son: I. Elemento objetivo, que constituye la interrupción de la cohabitación la misma que se concreta con su suspensión mediante el retiro del hogar conyugal o por la quiebra del deber por parte de los consortes” aun cuando</p> <p>3..continúan viviendo en el mismo inmueble. II. Elemento Subjetivo, que consiste en la voluntad de no convivir uno con el otro, por razones de no existir estado de necesidad, fuerza mayor, imposición por necesidad jurídica o cuando se produzca por</p>	<p><b>1.</b> Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones (<i>El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad</i>) (<i>Vigencia en cuánto validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente</i>). <b>Si cumple</b>  <b>2.</b> Las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas. (<i>El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez</i>) <b>Si cumple</b>  <b>3.</b> Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales. (<i>La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad</i>).<b>Si cumple</b>  <b>4.</b> Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión. (<i>El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo</i>).<b>Si cumple</b>  <b>5.</b> Evidencia claridad (<i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos</i></p>					<b>X</b>					<b>18</b>

<p>razones laborales, requiriéndose por tanto, en contrario, “la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación. III. Elemento Temporal, supone el mantenimiento de la situación de separación durante un plazo determinado, el mismo que debe correr en forma continua, siendo que la producción del término que se produzca como consecuencia de una reconciliación operara de igual forma que la prescripción borrando para el futuro el lapso del tiempo transcurrido”. En tal sentido, el quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 289°, del código civil, que señala “Es deber ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal, lo que se estaría alegando a efectos de sustentar el divorcio por la causal de separación de hecho, que implicaría la materialización del alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal con la intención cierta de no continuar conviviendo.”</p> <p><b>De carácter adjetivo.</b></p> <p>3.En cuanto a la actividad probatoria, es menester señalar que los artículos 188° y 196° del CPC disponen que “los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos, atendiendo a que la carga de probar corresponde</p>	<p><i>tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas).</i> <b>Si cumple.</b></p>											
---	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos”, por los que en el caso sub litis, al haber sido contestada la demanda solo por parte del Ministerio Publico, en razón de que el cónyuge demandado se encuentra en calidad de rebelde, corresponde a la parte demandante la carga de la prueba en cuanto a los hechos alegados, debiendo analizarse si con los medios probatorios ofrecidos en el caso de la parte demandante ha acreditado “la separación de hecho como causal de su petitorio de divorcio así como su petición accesoria de alimentos”.</p> <p><b>De la compulsa de los hechos y valoración de las pruebas</b></p> <p>1.Con el acta de matrimonio (de folios 18) expedido por el Registro Civil la Municipalidad distrital de Imperial, se acredita que don M.P.M.G y M.N.B.S son cónyuges, al haber contraído matrimonio ante el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Imperial, Provincia de Cañete, Departamento de Lima, con fecha trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos. Prueba documental que corrobora lo aseverado por las partes en sentido.</p> <p>2.Ahora bien, del análisis de los hechos y las pruebas, que tienen por finalidad resolver los puntos controvertidos, a) si los cónyuges se encuentran separados por más de cuatro años, sobre</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>este particular la demandada M.N.B.S , refiere desde que se retiró del hogar conyugal nos dejó en estado de abandono aproximadamente han transcurrido trece años que efectivamente estar separados tuve que interponer demanda de alimentos, del mismo modo en audiencia de pruebas declara, él fue que se retiró del hogar, salió del hogar por motivos que tiene una relación contra mujer en el año dos mil ocho, siendo ello así, estando a lo dispuesto por el artículo doscientos veintiuno del código adjetivo civil. Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, inferimos que supuesto de hecho, de hecho ininterrumpido por más de dos años, afirmado por el demandante, se encuentra corroborado.</p> <p>Determinar si el demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias a favor de su cónyuge y su hijo, que si bien conforme al artículo doscientos ochenta y ocho del código civil “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, como tal, uno de los deberes que nace del matrimonio es la asistencia recíproca entre los cónyuges, entre los que se debe considerar el de asistencia alimentaria, de uno respecto al otro, lo que guarda concordancia con lo previsto por el inciso primero del</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>artículo cuatrocientos setenta y cuatro del cuerpo legal acotado se deben recíprocamente alimentos los cónyuges sin embargo para la exigencia de la prestación alimentaria de uno respecto al otro y su determinación judicial no es solo suficiente acreditarse el vínculo conyugal invocado sino sobre todo el estado de necesidad del cónyuge que lo pide, por no estar en posibilidades suficientes para proveer a su propia subsistencia.</p> <p>(Del caso sub litis) teniéndose la vista el expediente N° 00288–2008–0–0801–JP-FC-02 demandada de exoneración de alimentos seguido por M.P.M contra M.N.B.S y J.M.P.B, se tiene la sentencia de vista, resolución número dos de fecha veintiséis de agosto del dos mil once, ( de fofas 185/189), que confirma la sentencia que declara fundada la demanda de exoneración de alimentos que venía acudiendo a favor de la demandada y su hijo, siendo ello así, carecería de objeto pronunciamiento sobre esta controversia en tanto que en su oportunidad (acredito el demandante) que le descontaban mensualmente.</p> <p>d) determinar quién fue el cónyuge responsable de la separación de hecho para establecer en su caso la indemnización sobre el supuesto normativo de la indemnización, la ley N° 27495 del 7 de julio del 2001, se han introducido dos nuevas causales de</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>divorcio las previstas en el inciso 11 y 12 del artículo 333° entendiéndose en términos teóricos y legislativos que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges tuvieses hijos menores de edad, son propias del sistema divorcio remedio en su modalidad causal objetiva, sin tener en cuenta para conceder el divorcio cual de cónyuges motivo el fracaso matrimonial fundamentándose en la necesidad de liberar a los cónyuges de una relación gravemente dañada. De allí debería señalarse que artículo 345-A del código civil, estaría dando lugar a un sistema mixto, es decir no se toma en cuenta el dolo o la culpa en la separación de hecho por parte de uno de los cónyuges para la concesión del divorcio, pero si para la indemnización.</p> <p>En cuanto al elemento objetivo la separación de hecho se encuentra materializada en autos en tanto que lo han confirmado las partes del demandante refiere desde el 12 de marzo de 1985 la demandada nos dejó en estado de abandono han transcurrido trece años .</p> <p>En relación al elemento subjetivo la intención de no hacer vida en común se configuraría al quebrantarse de manera voluntaria lo dispuesto en el artículo 289 del código Civil que señala “como deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal”.</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>Del fenecimiento del régimen patrimonial. Al declararse la disolución del vínculo matrimonial fenecce el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer, cesa el derecho de llevar el apellido del marido agregado al suyo y cesa el derecho hereditario entre los cónyuges de acuerdo a los artículos 318° Inc.3.</p> <p>Base fáctica y que abren elementos probatorios o indicios suficientes que permiten establecer que se ha dado esta situación de inestabilidad económica que justifique una indemnización , No siendo posible que se dicte la misma si no existen fundamentos de hecho y de derecho aportados por las partes . En el caso sub litis, como se señaló en la parte de la compulsa de los hechos y las pruebas existen indicios suficientes para inferir el perjuicio que ha sufrido la demanda en las dos etapas antes citadas se colige de estos hechos, la frustración de expectativas de carácter económico y personales del proyecto de vida en común, razones por la cual resulta procedente fijar una indemnización a favor de la demanda al ser la cónyuge perjudicada con la separación de hecho.</p> <p>En cuanto a las costas y costos del proceso, estos son de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa conforme a lo</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--



	<p>dispuesto en el artículo 412 del código adjetivo, en ese entendido y habiéndose entendido que la demandada ha sido perjudicada en este divorcio remedio que ha tenido suficiente motivos para controvertir esta demanda y por su naturaleza, exonérese del pago las costas y costos del proceso.</p>												
--	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro diseñado por la Abog. Dionea L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Cañete, Cañete. 2020

Nota 1. La búsqueda e identificación de los parámetros de la motivación de los hechos; la motivación del derecho; se realizó en el texto completo de la parte considerativa.

Nota 2. La ponderación de los parámetros de la parte considerativa, fueron duplicados por ser compleja su elaboración

**LECTURA.** El cuadro 2, revela que la **calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia** fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho, que fueron de rango: alta y muy alta, respectivamente. En la motivación de los hechos, se encontraron los 4 de los 5 parámetros previstos: razones que evidencian la fiabilidad de las pruebas; razones que evidencian la selección de los hechos probados e improbados; razones que evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, y la claridad; mientras que (1), razones que evidencian aplicación de la valoración conjunta, no se encontró. Asimismo, en la motivación del derecho se encontraron los 5 parámetros previstos: razones orientadas a evidenciar que las normas aplicadas ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; razones orientadas a interpretar las normas aplicadas; razones orientadas a respetar los derechos fundamentales; razones orientadas a establecer la conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión, y la claridad.

**Cuadro 3: Calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho; con énfasis en la calidad de la aplicación del principio de congruencia y de la descripción de la decisión, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete.**

Parte resolutive de la sentencia de primera instancia	EVIDENCIA EMPIRICA	Parámetros	Calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión					Calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			1	2	3	4	5	[1 - 2]	[3 - 4]	[5 - 6]	[7 - 8]	[9-10]
Aplicación del Principio de Congruencia	<p><b>Parte resolutive</b></p> <p>Por las consideraciones expuestas el juez del segundo juzgado de familia de Cañete impartiendo justicia a nombre de la nación.</p> <p><b>Fallo</b></p> <p>Declarando fundada en parte la demanda de rojas 08/13 subsanado a rojas 211 de divorcio por causal de separación de hecho por el periodo ininterrumpido de más de dos años interpuesta por M.P.M en contra de M.N.B.S y el Ministerio público , en consecuencia .</p> <p>Declaró, disuelto el vínculo matrimonial entre M.P.M y M.N.B.S celebrado con fecha trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos por ante la municipalidad distrital de imperial - provincia de</p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas. (Es completa) <b>Si cumple.</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas. (No se extralimita/Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado). <b>Si cumple.</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia. <b>Si cumple.</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente. <b>Si cumple.</b></p> <p>5. Evidencia claridad (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple</b></p>										
	Cañete - departamento de Lima, consecuentemente “fenecido el	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple.</b></p>										

<b>Descripción de la decisión</b>	<p>régimen patrimonial de la sociedad de gananciales así como el cese del derecho de la cónyuge demandada de llevar el apellido del demandado agregado al suyo, la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges; y el cese de la obligación alimentaria entre los ex cónyuges, sin objeto de emitirse pronunciamiento respecto de alimentos, tenencia ,régimen de visitas, patria potestad”, y la suma de cinco mil nuevos soles (5,000,00) como indemnización por daño personal y moral que deberá abonar el demandando M.P.M a favor de la demandada M.N.B.S .</p> <p><b>DISPONGO</b> que consentida y/o ejecutorias que sea está esta sentencia se ofició a los registros civiles de la municipalidad distrital de imperial _provincia de Cañete , al registro Nacional de identificación y Estados civil (RENIEC) y al registro personal de la oficina registrado de la región de Lima para los fines de ley ordenó en caso de que no sea impugnada la presente resolución de eleven los autos en consulta al superior jerárquico .sin condena de costas y costos del proceso .háganse saber .notificándose .</p>	<p>2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple.</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/ el derecho reclamado, o la exoneración de una obligación. <b>Si cumple.</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso, o la exoneración si fuera el caso. <b>Si cumple.</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple.</i></p>					<b>X</b>						<b>10</b>
-----------------------------------	---	--	--	--	--	--	----------	--	--	--	--	--	-----------

Cuadro diseñado por la Abog. Dione L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete, Cañete. 2020

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la aplicación del principio de correlación, y la descripción de la decisión, se realizó en el texto completo de la parte resolutive.

**LECTURA.** “El cuadro 3, revela que la calidad de la **parte resolutive de la sentencia de primera instancia** fue de rango: **muy alta**. Se derivó de la calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión, que fueron de rango: muy alta y muy alta; respectivamente. En la aplicación del principio de congruencia, se encontraron los 5 parámetros previstos: resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas; resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas, aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia y la claridad; evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente. Finalmente, en la descripción de la decisión se encontraron los 5 parámetros previstos: evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; evidencia mención clara de lo que se decide u ordena; evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada (el derecho reclamado, o la exoneración de una obligación); evidencian mención expresa y clara a quien le corresponde el pago de los costos y costas del proceso (o la exoneración si fuera el caso, y la claridad”.

**Cuadro 4: Calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho; con énfasis en la calidad de la introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete.**

Parte expositiva de la sentencia de segunda	EVIDENCIA EMPIRICA	Parámetros	Calidad de la introducción, y de la postura de las partes					Calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta
			1	2	3	4	5	[1 - 2]	[3 - 4]	[5 - 6]	[7 - 8]	[9-10]
<b>Introducción</b>	<p><b>Corte Superior de Justicia de Cañete Sala Civil</b></p> <p><b>Expediente:</b> N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02</p> <p><b>Demandante:</b> M.P. M</p> <p><b>Demandada:</b> M. N. B. S</p> <p><b>Materia:</b> Familia – Divorcio por Causal de Separación de Hecho</p> <p><b>Sentencia de Vista</b></p> <p>Resolución número tres</p>	<p>1. El encabezamiento evidencia: <i>la individualización de la sentencia, indica el N° de expediente, el número de resolución que le corresponde a la sentencia, lugar, fecha de expedición, menciona al juez, jueces, etc. No cumple.</i></p> <p>2. Evidencia el asunto: <i>¿El planteamiento de las pretensiones? ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá?, el objeto de la impugnación, o la consulta; los extremos a resolver. Si cumple.</i></p> <p>3. Evidencia la individualización de las partes: <i>se individualiza al demandante, al demandado, y al del tercero legitimado; éste último en los casos que hubiera en el proceso). Si cumple.</i></p> <p>4. Evidencia aspectos del proceso: <i>el contenido explicita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del</i></p>				X						

	<p>Cañete, catorce de noviembre del año dos mil catorce</p> <p>VISTOS, en audiencia, sin informe oral y, con los acompañados que se devolverán: Exp.N°743-92 sobre prorrato de alimentos, en fojas Setenta y cinco; Exp. N° 827-1987 en fojas diecisiete sobre aumento de alimentos ; Exp . N ° 743-92 en fojas trece sobre aumento de alimentos, Exp – N° 288-2008 sobre exoneración de alimentos en fojas doscientos uno.</p>	<p><i>proceso, que ha llegado el momento de sentenciar. Si cumple.</i></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple.</i></p>										
<p style="text-align: center;"><b>Postura de las partes</b></p>	<p>Materia del grado:</p> <p>Vienen los autos con consulta la sentencia no apelada ( resolución número treinta y seis), dictada por el segundo juzgado especializado de familia , que declara fundada en parte la demanda de divorcio por causal de separación de hecho por el periodo ininterrumpido de más de dos años asimismo , declara disuelto el vínculo matrimonial entre M.P.M y M.N.B.S celebrado el trece de mayo de mil novecientos ochentidos ante la municipalidad distrital de imperial -provincia de cañete; declara fenecida la sociedad de gananciales generado con dicho matrimonio ; disponer el cese del derecho de la demandada de llevar el apellido del demandante agregado al suyo ;la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges; el cese de la obligación alimenticia entre las partes; sin objeto de emitirse pronunciamiento respecto de alimentos , tenencia, régimen de visita y patria potestad ; y</p>	<p><b>1.</b> Evidencia el objetode la impugnación/la consulta (El contenido explicita los extremos impugnados en el caso que corresponda). <b>Si cumple.</b></p> <p><b>2.</b> Explicita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación/o la consulta. <b>Si cumple.</b></p> <p><b>3.</b> Evidencia la pretensión(es) de quien formula la impugnación/o de quien ejecuta la consulta. <b>Si cumple.</b></p> <p><b>4.</b> Evidencia la(s) pretensión(es) de la parte contraria al impugnante/de las partes si los autos se hubieran elevado en consulta/o explicita el silencio o inactividad procesal. <b>Si cumple.</b></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el recepto decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple.</i></p>				X					<b>9</b>	

<p>fija la suma de cinco mil nuevos soles como indemnización por daño personal y moral , que deberá abonar el demandante a favor de la demandada , con lo demás que contiene .</p> <p>Consulta:</p> <p>Conforme lo dispuesto el artículo 359° del código civil y en atención que las partes no impugnaron la sentencia dictada en autos, corresponde a la sala superior reexaminar oficiosamente dicha sentencia, para asegurar su legalidad verificando la observancia de las formalidades esenciales de validez del proceso y de la justicia del sucedido.</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro diseñado por la Abog. Dione L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Cañete, Cañete. 2020

Nota .La búsqueda e identificación de los parámetros de la introducción, y de la postura de las partes, se realizó en el texto completo de la parte expositiva incluyendo la cabecera.

**LECTURA.** El cuadro 4, revela que la calidad de la **parte expositiva de la sentencia de segunda instancia** fue de rango **muy alta**. Se derivó de la calidad de la introducción, y la postura de las partes que fueron de rango: alta y muy alta, respectivamente: En la introducción, se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: aspecto del proceso; el asunto; la individualización de las partes, y la claridad; mientras que 1: el encabezamiento, no se encontró. De igual forma en, la postura de las partes se encontraron los 5 parámetros previstos: evidencia el objeto de la impugnación, y explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación; evidencia la pretensión de quien formula la impugnación; evidencia la pretensión de la parte contraria al impugnante; la claridad.



**Cuadro 5: Calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho; con énfasis en la calidad de la aplicación del principio de motivación de los hechos y la motivación del derecho, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete.**

Parte considerativa de la sentencia de segunda instancia	EVIDENCIA EMPÍRICA	Parámetros	Calidad de la motivación de los hechos y el derecho					Calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			2	4	6	8	10	[1 - 4]	[5 - 8]	[9 - 12]	[13- 16]	[17-20]
<b>Motivación de los hechos</b>	<p><b>Dictamen Fiscal</b> El fiscal superior en su dictamen de fojas ciento setenta y ocho, opina que se apruebe la sentencia consultada por sus propios fundamentos.</p> <p><b>Fundamentos de la sala:</b> <b>De la pretensión de la demanda:</b> Conforme fluye de la demanda de fojas ocho subsanada a fojas veintiuno, el demandante M.P.M solicita que se declare la disolución del vínculo matrimonial habido con la demandada M.B.S con fecha trece de mayo del mil novecientos ochenta y dos, ante la municipalidad distrital de la provincial de cañete, y sustentando su petición, alega que se separó de sus cónyuge (la demandada) debido a causas de las cuales guarda reserva, desde el doce de marzo del año mil novecientos ochenta y cinco, y que durante su matrimonio procrearon a su hijo J.M.P.B, quien a la fecha de la interposición de la demanda contaba con veinticuatro años de edad, y es sub oficial de la policía nacional de Perú; finalmente señala que durante la unión matrimonial la sociedad conyugal no ha adquirido bienes muebles e inmuebles que deba liquidarse.</p>	<p>1. Las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas. <i>(Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es)).</i><b>Si cumple.</b></p> <p>2. Las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas. <i>(Se realiza el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos, se ha verificado los requisitos requeridos para su validez).</i><b>Si cumple.</b></p> <p>3. Las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta. <i>(El contenido evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examina todos los posibles resultados probatorios, interpreta la prueba, para saber su significado).</i> <b>Si cumple.</b></p> <p>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. <i>(Con lo cual el juez forma convicción</i></p>					X					

	<p><b>Del proceso de divorcio por separación de hecho</b></p> <p>Con la ley N° 27495 se modificó el inciso 12 del artículo 333° del código civil, introduciéndose la separación de hecho como “nueva causal de divorcio, siempre que esta se prolongue por cuatro dos cuando los cónyuges no hubiesen procreado hijos y por cuatro años si lo tuviesen”.</p> <p>Como lo han señalado el ministerio público, la separación de hecho es de</p>	<p><i>respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto).</i><b>Si cumple.</b></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple</b></p>										
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);"><b>Motivación del derecho</b></p>	<p>naturaleza objetiva, pues, se configura cuando se verifica el incumpliendo del deber de cohabitar entre los cónyuges (elementos objetivo); siempre que esta situación se produzca por acto deliberado, esto es que la separación no se genere por causas laborales o por razones de salud (elemento subjetivo); y que dicha separación se prolongue por el plazo previsto por ley (elemento temporal).</p> <p>La separación de hecho se ubica dentro de la teoría del divorcio remedio, esto es busca resolver una situación de hecho tolerada por las partes: de ese modo, puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges sin interesar la causa de la separación ni quien haya tenido responsabilidad en ella, al menos para la obtención del divorcio.</p> <p>La ley N° 27495 también estableció como requisito especial de la acción de divorcio por la causal en examen (artículo 345 -A ) , que el demandante “acredite encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias y que el juez señale una indemnización por daos a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con el divorcio, 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”.</p> <p><b>Proceso de Conocimiento:</b></p>	<p><b>1.</b> Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones. <i>(El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad) (Vigencia en cuanto a validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente).</i> <b>Si cumple.</b></p> <p><b>2.</b> Las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas. <i>(El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez)</i> <b>Si cumple.</b></p> <p><b>3.</b> Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales. <i>(La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad).</i><b>Si cumple.</b></p> <p><b>4.</b> Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión. <i>(El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo).</i><b>Si cumple.</b></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad <i>(El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de</i></p>					<p style="text-align: center;"><b>X</b></p>					<p style="text-align: center;"><b>20</b></p>

<p>En lo que concierne el decurso procesal , se aprecia que en los autos se han respetado las partes procedimentales del proceso de conocimiento regulado por el artículo 348° al artículo 360° del código procesal civil y las exigencias especiales prevista en su artículo 483° así , se han identificado la causal invocada para el divorcio , la demandada ha contestado oportunamente la demanda a fojas treinta y siete , al igual que el ministerio público a fojas cuarenta y dos ; se ha respetado el derecho a probar las partes , se han fijado los puntos controvertidos conforme fluye a la audiencia de fojas noventa y siete , los medios probatorios admitidos se han actuado en la audiencia de pruebas de fojas cien ; y finalmente , se ha dictado sentencia a fojas ciento cincuenta y ocho, donde el pronuncia sobre todas las pretensiones de la demanda y las que la ley de la materia ordena pronunciarse de oficio.</p> <p><b>Requisito especial de la demanda</b></p> <p>La demanda al contestar la demanda a fojas treinta y siete, ha sostenido que es Falso que estén separados de hecho desde el doce de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, siendo lo real que el demandante por motivo de trabajo viajaba y venía con engaños y lo perdonaba, hasta que el demandante por motivo de trabajo viajaba y venía con engaños y lo perdonaba, hasta que comprobó que aquel realizaba doble vida sentimental con otra persona , con quien tuvo tres hijos y que después de comprobada esta infidelidad se retiró del hogar yéndose a vivir con dicha persona, dejando a la demandada y a su hijo en estado de abandono , de lo cual ha transcurrido aproximadamente trece años señala también que al estar separados tuvo que interponer una demanda de alimentos , en que solo se le abonaba el diez por ciento de su sueldo para cada uno , ella y su hijo , no cubriendo los daños y perjuicios que la ha causado por perjudicar su juventud , ya que fue su esposa desde los veinte</p>	<p><i>lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas).</i> <b>Si cumple.</b></p>											
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>años de edad , más aun el demandante tiene propiedades y números de cuenta en diferentes entidades. Obra como acompañado a los autos, el expediente número doscientos ochenta y ocho, dos mil ocho, seguido entre las mismas partes doble exoneración de alimentos ante el segundo juzgado de paz letrado de cañete , la misma que en sus fojas ciento veintiocho contiene la sentencia de fecha quince de setiembre del dos mil diez que dispuso exonerar al demandante de la pensión de alimentos que percibida la demandada y su hijo , la misma que fuese confirmada por el superior en grado conforme se tiene de la sentencia de vista que obra en autos a fojas ciento ochenta y cinco, de ese modo, habiéndose zanjado en otro proceso el debate alimentario, carece de objeto emitir pronunciamiento de fondo al respecto.</p> <p><b>De la Revisión de fondo</b></p> <p><b>Del elemento objetivo y temporal</b></p> <p>Conforme fluye del Acta de Matrimonio de fojas dieciocho, las partes celebraron matrimonio el trece de mayo del año mil novecientos ochenta y dos; por otro lado, de acuerdo a lo expresado en la demanda de autos y en la contestación de la demanda, se acredita que el demandante hizo abandono del hogar, esto por versión de la demanda haciendo transcurrido aproximadamente trece años de tal hecho, por lo que tuvo que interponer demanda de alimentos, versión que en el audiencia de pruebas, declaro quien fue el demándate quien se retiró del hogar por motivos que tenía otra relación con la otra mujer en el año desde el año dos mil ocho siendo así se acredita con el divorcio tienen de cuatros años sin hacer vida en común.</p> <p><b>El ánimo de no hacer vida en Común</b></p> <p>Como se ha señalado anteriormente, el actor de su demanda refiere que el motivo de su retiro del hogar fue por razones personales, y de la demandada que se fue a vivir con su otro compromiso dejándolo a su hijo y cónyuge en</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>estado de abandono, habiendo transcurrido trece años de tal suceso, todo lo cual evidencia que la separación de hecho de los cónyuges responde al ánimo del ahora demandante de no hacer vida en común.</p> <p><b>Sociedad de Gananciales</b></p> <p>Respecto a ello, debemos señalar que conforme lo prescribe el artículo 318° inciso 3) del Código Civil, el divorcio constituye una causa de extimación de la sociedad de gananciales formada en el matrimonio, cabe agregar que, en el caso de autos, los cónyuges en divorcio no mencionan haber adquirido bienes que sean susceptibles de división y partición.</p> <p><b>Indemnización</b></p> <p><b>A favor del cónyuge más perjudicado.</b></p> <p>Conforme al Tercer Pleno Casorio Civil sobre Divorcio por Separación de Hecho, que constituye precedente vinculantes y de observancia obligatoria; la indemnización regulada por el artículo 345° A constituye una indemnización de naturaleza legal porque se impone por mandato legal y tiene el propósito de corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la separación de hecho o del divorcio en su caso y que no siendo de naturaleza resarcitoria no le es aplicable la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil regulados en el artículo 1985° del Código Civil (daño, acto ilícito, relación de causalidad y factor de atribución) sino solo la relación de causalidad entre el perjuicio y la separación de hecho o la disolución del vínculo matrimonial. Es menester señalar, que el perjuicio económico o el daño personal (incluido el daño moral) que alude la norma se refiere no solo al que resulte del divorcio sino también como consecuencia de la separación de hecho, en ese sentido, fundamento 34 afirma que, "el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a la separación, pasando a examinar aspectos subjetivos inculporias, únicamente con la finalidad de determinar a la</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir" por otro lado, el cuarto ítem de su establecimiento algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hechos de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge juro que demandar judicialmente el pago de las pensiones alimenticias; d) si va quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio.</p> <p>Entre otras circunstancias relevantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- De lo antes señalado podemos afirmar, que si bien la separación de hecho es de naturaleza objetiva, sin embargo, la determinación de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado si administre una valoración subjetiva.</li> <li>- En el caso de autos, “conforme se advierte de la demanda y de su contestación”, así como de la demanda de exoneración de alimentos acompañado, cuando el demandante se retiró del hogar conyugal, dejo a su menor hijo en poder de la demandada, y antes su necesidad económica, esta última tuvo que demandar judicialmente al ahora demandante por alimentos para que acuda con su pensión alimenticia tanto a favor suyo como de su hijo, en el camino que no presta en la actualidad al declararse la exoneración de alimentos.</li> <li>- Siendo la demandada el cónyuge más perjudicado con la separación le existe el derecho a ser indemnizada, y al respeto, tenemos que el a que ha dispuesto la suma de cinco mil nuevos soles; que no ha sido objeto de apelación por las partes y que a criterios de Colegiado que absuelve la consulta considera prudencial.</li> </ul>											
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p><b>Alimentos y Derechos Hereditarias de los Cónyuges</b></p> <p>- “El artículo 350° del Código Civil, por el divorcio sea la obligación alimenticia entre marido y mujer; salvo que el cónyuge ofendido careciere de bienes propios a de gerenciales sufrientes o estuviese imposibilitado de trabajar o se subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignara una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel; en el caso de autos, la sentencia en consulta declaro sin objeto emitirse pronunciamiento al respecto al existir una sentencia de exoneración de alimentos antes citada”.</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro diseñado por la Abog. Dione L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Cañete, Cañete. 2020

**LECTURA.** El cuadro 5, revela que la **calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia** fue de rango: **Muy alta.** Se derivó de la calidad de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho, que fueron de rango: muy alta y muy alta; respectivamente. En la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbados; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; la claridad, y las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta. Finalmente, “en la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que la norma aplicada fue seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer la conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión, y la claridad

**Cuadro 6: Calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia sobre Divorcio por causal de separación de hecho; con énfasis en la calidad de la aplicación del principio de congruencia y de la descripción de la decisión, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete.**

Parte resolutive Parte resolutive	EVIDENCIA EMPÍRICA	Parámetros	Calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión					Calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			1	2	3	4	5	[1 - 2]	[3 - 4]	[5 - 6]	[7 - 8]	[9-10]
	<p><b>Por las consideraciones expuestas, se RESUELVE:</b></p> <p>APROBAR la Sentencia contenida en la Resolución número retñisteis, de fecha quince de mayo del dos mil catorce obrante en fojas ciento</p> <p>a cientos resentirte, venido en grado de consultadel Segundo Juzgado Especializado de Familia de Cañete, que declara fundadaaen parte la demanda de Divorcio por causal de separación dehecho por el periodo ininterrumpido de más de dos años; asimismo, declara disuelto el vínculo matrimonial entre M. P. M y M. N .B. S . Celebrado el trece de mayo de mil novecientos ochenteros ante la Municipalidad Distrital de matrimonio; dispone el cese del derecho de la demandada dellevar el apellido del</p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones formuladas en El recurso impugnatorio/ o los fines de la consulta. (Es completa) <b>Si cumple</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia resolución nada másque de las pretensiones Formuladas en el recurso impugnatorio/ o la consulta (No se extralimita)/Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado). <b>Si cumple</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia. <b>Si cumple</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente. <b>si cumple</b></p> <p>5. Evidencian claridad (El <i>abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni</i></p>					X					



	Del derecho hereditario	<i>viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas).</i> <b>Si cumple.</b>											
Descripción de la decisión	Entre los cónyuges; el cese de la obligación alimenticia entre las partes; sin objeto de emitirse pronunciamiento respecto de alimentos, tenencia, régimen de visita y patria potestad y fija la suma de cinco mil nuevos soles como indemnización por daño personal y moral que deberá abonar el demandante a favor de la demandad; con los demás que contiene.	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/ el derecho reclamado/ o la exoneración de una obligación/ la aprobación o desaprobación de la consulta. <b>Si cumple</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso/ o la exoneración si fuera el caso. <b>Si cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple</b></p>											
	Notifíquese a las partes sin han señalado domicilio procesal dentro del radio urbano y devuélvase al juzgado de origen Juez superior ponente doctor J.C.Q.						X						10

Cuadro diseñado por la Abog. Dione L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete, Cañete. 2020

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la aplicación del principio de correlación, y la descripción de la decisión, se realizó en el texto completo de la parte resolutive.

**LECTURA.** El cuadro 6, revela que la calidad de la **parte resolutive de la sentencia de segunda instancia** fue de rango **muy alta**. Se derivó de la calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión, que fueron de rango: muy alta y muy alta, respectivamente. En la aplicación del principio de congruencia, se encontró los 5 parámetros previstos: resolución de todas las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio; resolución nada más que de las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio; aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia, la claridad; evidencia correspondencia con la parte expositiva y considerativa, respectivamente, no se encontró. Finalmente, en la descripción de la decisión, se encontró los 5 parámetros: mención expresa de lo que se decide u ordena; mención clara de lo que se decide u ordena; mención expresa y clara a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada (el derecho reclamado); mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso (o la exoneración), y la claridad.

**Cuadro 7: Calidad de la sentencia de primera instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho; según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02Distrito Judicial de Cañete.**

Variable en estudio	Dimensiones de la variable	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: Calidad de la sentencia de primera instancia						
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta		
			1	2	3	4	5		[1 - 8]	[9 - 16]	[17 -24]	[25-32]	[33 - 40]		
Calidad de la sentencia de primera instancia	Parte expositiva	Introducción					X	10	[9 - 10]	Muy alta					
		Postura de las partes					X		[7 - 8]	Alta					
									[5 - 6]	Mediana					
									[3 - 4]	Baja					
	Parte considerativa	Motivación de los hechos	2	4	6	8	10		18	[1 - 2]					
						X		[17 - 20]		Muy alta					
		Motivación del derecho						[13 - 16]		Alta					
							X	[9- 12]		Mediana					
								[5 -8]		Baja					
							[1 - 4]	Muy baja							
			1	2	3	4	5		[9 - 10]	Muy alta					
							X								
<b>38</b>															

	Parte resolutiva	Aplicación del Principio de congruencia						10	[7 - 8]	Alta				
		Descripción de la decisión				X			[5 - 6]	Mediana				
									[3 - 4]	Baja				
									[1 - 2]	Muy baja				

**LECTURA.** El cuadro 7, revela que la **calidad de la sentencia de primera instancia** sobre divorcio por causal de separación de hecho, según los **parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Cañete, Cañete**, fue de rango: **muy alta**. Se derivó de la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutiva que fueron: muy alta, muy alta y muy alta, respectivamente. Dónde, el rango de la calidad de: la introducción, y la postura de las partes fueron: muy alta y muy alta; asimismo, de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho fueron: alta y muy alta; finalmente: la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión fueron: muy alta y muy alta, respectivamente.

**Cuadro 8: Calidad de la sentencia de segunda instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, Distrito Judicial de Cañete.**

Variable en estudio	Dimensiones de la variable	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: Calidad de la sentencia de segunda instancia								
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta				
			1	2	3	4	5		[1 - 8]	[9 - 16]	[17 -24]	[25-32]	[33 - 40]				
Calidad de la sentencia de segunda instancia	Parte expositiva	Introducción				X		9	[9- 10]	Muy alta					39		
		Postura de las partes					X		[7- 8]	Alta							
	Parte considerativa	Motivación de los hechos		2	4	6	8		10	20						[5 - 6]	Mediana
									X							[3- 4]	Baja
									X							[1 - 2]	Muy baja
	Parte Resolutiva	Aplicación del Principio de congruencia		1	2	3	4	5	10							[17 - 20]	Muy alta
								X								[13- 16]	Alta
								X								[9- 12]	Mediana
								X		[5 -8]						Baja	
								X	[1 - 4]	Muy baja							
								X	[9- 10]	Muy alta							
								X	[7- 8]	Alta							

		Descripción de la decisión					X		[5 - 6]	Mediana					
									[3 - 4]	Baja					
									[1 - 2]	Muy baja					

**LECTURA.** El cuadro 8, revela que la **calidad de la sentencia de segunda instancia sobre divorcio por causar de separación de hecho, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N°00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Cañete, Cañete. Fue de rango: muy alta.** Se derivó de la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive que fueron: muy alta, muy alta y muy alta, respectivamente. Dónde, el rango de la calidad de: la introducción, y la postura de las partes fueron: alta y muy alta; asimismo, de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho fueron: muy alta y muy alta; finalmente: la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión fueron: muy alta y muy alta, respectivamente.

## 5.2. Análisis de los resultados

Los resultados de la investigación revelaron que la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho y otros, en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, perteneciente al Distrito Judicial del Cañete, Cañete, ambas fueron de rango muy alta, de acuerdo con los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 7 y 8).

### **Respecto a la sentencia de primera instancia:**

Su calidad, fue de rango muy alta, de acuerdo con los parámetros doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, pertinentes, planteados en el presente estudio; fue emitida por la Corte Superior de Justicia de Cañete – Juzgado Especializado De Familia, del Distrito Judicial de Cañete (Cuadro 7). Asimismo, su calidad se determinó en base a los resultados de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive, que fueron de rango: muy alta, respectivamente (Cuadros 1, 2 y 3).

**1. La calidad de su parte expositiva de rango muy alta.** Se determinó con énfasis en la introducción y la postura de las partes, que fueron de rango muy alto y muy alto, respectivamente (Cuadro 1).

La calidad de la introducción, que fue de rango muy alta; es porque se hallaron los 5 parámetros previstos: el asunto; la individualización de las partes; los aspectos del proceso; la claridad y el encabezamiento.

Asimismo, la calidad de postura de las partes que fue de rango muy alta; porque se hallaron los 5 parámetros previstos: explícita y evidencia

congruencia con la pretensión del demandante; explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado; explícita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver; la claridad; explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos de la parte demandante y de la parte demandada.

Examinando, éste encuentro o hallazgo se puede decir que el encabezamiento o parte expositiva: en el que se señala la fecha y ciudad en que se dicta, las partes intervinientes, sin que se puedan omitir sus nombres sin afectar a la debida integridad y publicidad de las sentencias. Se hacen constar también las peticiones presentadas por las partes, junto a los presupuestos o antecedentes de hecho en que se fundan.

**2. La calidad de su parte considerativa fue de rango muy alta.** Se

determinó; en base a los resultados de la calidad de la motivación de los hechos y la motivación del derecho, donde fueron de rango alto y muy alto (Cuadro 2).

Respecto a la motivación de los hechos se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas; las razones evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; y la claridad. Mientras que 1, las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta; no se encuentra.

Asimismo, en la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que la norma aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones de las partes, del caso



concreto; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión; y la claridad.

Al respecto se puede decir que el principio de motivación.

#### Principio de Motivación de la Sentencia

Asimismo, en la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que la norma aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones de las partes, del caso concreto; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión; y la claridad.

Con respecto a este hallazgo se puede decir que la parte considerativa: en la que se expresan los fundamentos de hecho y de derecho, que contienen los argumentos de las partes y los que utiliza el tribunal para resolver el objeto del proceso, en relación con las normas que se consideran aplicables al caso.

**3. La calidad de su parte resolutive fue de rango muy alta.** Se determinó en base a los resultados de la calidad, de la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión, que fueron de rango muy alta y muy alta, respectivamente (Cuadro 3).

En la aplicación del principio de congruencia, se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitada; el pronunciamiento evidencia

resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas; el pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia; la claridad; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente.

Por su parte, en la descripción de la decisión, se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena, el pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la exoneración; y la claridad.

Sobre el particular se puede afirmar que la parte resolutive: en la que se contiene la decisión o fallo de condena o absolución del demandado o acusado. Asimismo, suele incorporarse el nombre del juez que la ha redactado y la firma de todos los que han concurrido a su acuerdo.

#### **Respecto a la sentencia de segunda instancia:**

Su calidad, fue de rango muy alta, de acuerdo con los parámetros doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, pertinentes, planteados en el presente estudio; fue emitida por la Corte de justicia de Cañete - Sala civil, perteneciente al Distrito Judicial del Cañete (Cuadro 8).

Asimismo, su calidad se determinó en base a los resultados de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive, que fueron de rango: muy alta, muy alta, y muy alta, respectivamente (Cuadros 4, 5 y 6).

**4. La calidad de su parte expositiva fue de rango muy alto.** Se determinó

con énfasis en la introducción y la postura de las partes, que fueron de rango alto y muy alta, respectivamente (Cuadro 4).

En la introducción, se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: los aspectos del proceso; el asunto; la individualización de las partes; y la claridad; mientras que 1: el encabezamiento, no se encontró.

Asimismo, en la postura de las partes, se encontró los 5 parámetros: la claridad; evidencia el objeto de la impugnación; explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación; evidencia la pretensión de quién formula la impugnación; y evidencia la pretensión de la parte contraria al impugnante o explícita el silencio o inactividad procesal.

Analizando, este hallazgo se puede decir que el Magistrado o Juez debe descubrir y asimilar coherentemente el problema central del proceso que debe resolver, dado que lo correcto es señalar que no debe incluirse criterio valorativo o calificativo. La finalidad de esta sección, es dar cumplimiento al mandato legal.

**5. La calidad de su parte considerativa fue de rango muy alta. Se**

determinó con énfasis en la motivación de los hechos y la motivación del derecho, que fueron de rango muy alto y muy alto, respectivamente (Cuadro 5).

En la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; la

claridad, las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta.

Asimismo, en la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que la norma aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión; y la claridad.

Haciendo un análisis sobre la base de estos resultados, puede exponerse lo siguiente que la motivación de las sentencias es una de las principales garantías de la administración de justicia; la motivación implica el análisis y evaluación de todas las pruebas y diligencias actuadas en relación a la imputación que se formula contra el agente, precisando además los fundamentos de derecho que avalen las conclusiones a que se lleguen como consecuencia de la valoración de los hechos y de las pruebas.

**6. Respecto a la calidad de su parte resolutive fue de rango muy alta.** Se determinó con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión que fueron de rango muy alto y muy alto, respectivamente (Cuadro 6).

En cuanto al principio de congruencia, se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente formuladas en el recurso impugnatorio; el contenido el pronunciamiento evidencia resolución, nada más que de las pretensiones ejercitadas en el recurso impugnatorio; el pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y

sometidas al debate, en segunda instancia; y la claridad; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente.

Finalmente, en la descripción de la decisión, se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia a quién le corresponde el derecho reclamado; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la exoneración de las costas y costos del proceso, y la claridad.

Analizando, este hallazgo se puede decir que es la parte final de decisión y conclusión de todo lo anterior que permite dar por finalizado un litigio o declarar la responsabilidad penal. (AMAG, 2015).

En síntesis, el presente trabajo fue el de determinar si las sentencias de primera y segunda instancia contaban con una calidad, la misma que podía ser desde muy baja a muy alta, si afirmamos que la calidad es el conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permite caracterizarla y valorarla con respecto a las restantes de su especie y tomando en cuenta los parámetros otorgados por la universidad, apreciamos que el resultado del análisis de las sentencias realizadas en el presente trabajo es muy alta, al haber cumplido con la lista de parámetros brindadas por la Universidad, al igual que las tesis consultadas para la elaboración de la presente, la misma que tienen el mismo tema de Divorcio por la causal de separación de hecho, aunque con unas variantes, como lo son: la Tesis del abogado Alejandro Montero Casas (2018) en el que de manera similar el resultado del análisis de la sentencia fueron de

calidad muy alta, al haber cumplido con los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, lo que también podemos observar de la Tesis del abogado José Quintana Vásquez (2018) en el que su investigación obtuvo el mismo resultado a pesar de ser de un Distrito Judicial diferente al nuestro.

## **VI. Conclusiones**

### **6.1 Conclusiones**

Se concluyó que la calidad de las sentencias de primera instancia y segunda instancia sobre divorcio por causal de separación de hecho, en el expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Cañete-Cañete 2020, fueron de rango muy alta, respectivamente, conforme a los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 7 y 8).

#### **Respecto a la sentencia de primera instancia**

Se determinó que su calidad fue de rango muy alta, conforme a los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 7).

Fue emitida por el Segundo Juzgado Especializado de Familia de Cañete, donde se resolvió:

Al declarar disuelto el vínculo matrimonial, consecuentemente fenecido el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, así como el cese del derecho de la cónyuge demandante de llevar el apellido del demandado agregado al suyo y la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges y una indemnización por daño personal y moral que deberá abonar el demandado de 5,000,00 según Expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02

**1. Se determinó que la calidad de su parte expositiva con énfasis en la introducción y la postura de las partes fue de rango muy alta (Cuadro 1).**

Para comenzar, la calidad de la introducción fue de rango muy alta; porque en su contenido se encontraron los 5 parámetros previstos: el encabezamiento; el asunto; la individualización de las partes; los aspectos del proceso; y la claridad.

Asimismo, la calidad de la postura de las partes fue de rango muy alta; porque se encontraron los 5 parámetros previstos: explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante; explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado; explícita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver; y la claridad; explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos de la parte demandante y de la parte demandada.

**2. Se determinó que la calidad de su parte considerativa con énfasis en la motivación de los hechos y la motivación del derecho, fue de rango muy alta (Cuadro 2).**

En primer lugar, la calidad de motivación de los hechos fue de rango alta; porque en su contenido se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; la claridad, mientras que 1; las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta, no se encontró.

En segundo lugar, la motivación del derecho fue de rango muy alta; porque en

su contenido se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que las normas aplicadas ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones de las partes, del caso concreto; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión; y la claridad.

**3. Se determinó que la calidad de su parte resolutive con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión, fue de rango muy alta (Cuadro 3).**

Para comenzar, la calidad de la aplicación del principio de congruencia fue de rango muy alta, porque en su contenido se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas; el pronunciamiento evidencia resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas; el pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia; y la claridad; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente.

Por otro lado, la calidad de la descripción de la decisión fue de rango muy alta; porque en su contenido se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena, el pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la



exoneración; y la claridad.

### **Respecto a la sentencia de segunda instancia**

Se determinó que su calidad fue de rango muy alta, conforme a los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 8).

Fue emitida por el Segundo Juzgado Especializado de Familia de Cañete, donde se resolvió:

Se aprueba la sentencia contenida, declarando fundada en parte la demanda de divorcio por causal de separación de hecho por el periodo ininterrumpido de más de dos años. Así mismo declarando disuelto el vínculo matrimonial, el cese de llevar el apellido del demandado agregado al suyo, el cese de la obligación alimenticia entre las partes, e indemnización de cinco mil nuevos soles por daño personal y moral que se deberá abonar a la demandante.

Expediente N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Cañete.

#### **4. Se determinó que la calidad de su parte expositiva con énfasis en la introducción y la postura de las partes, fue de rango muy alto (Cuadro 4)**

En cuanto a la calidad de la introducción fue de rango alta; porque en su contenido se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: los aspectos del proceso; el asunto; la individualización de las partes; y la claridad; mientras que 1: el encabezamiento, no se encontró.

Asimismo, la calidad de la postura de las partes fue de rango muy alta, porque en su contenido se encontró los 5 parámetros: la claridad; evidencia el objeto de la impugnación; explícita y evidencia congruencia con los fundamentos

fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación; evidencia la pretensión de quién formula la impugnación; y evidencia las pretensiones de la parte contraria al impugnante o explicita el silencio o inactividad procesal.

**5. Se determinó que la calidad de su parte considerativa con énfasis en la motivación de los hechos y la motivación del derecho fue de rango muy alta (Cuadro 5).**

En cuanto a la calidad de la motivación de los hechos fue de rango muy alta; porque en su contenido, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta; las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; y la claridad.

Por su parte, la calidad de la motivación del derecho fue de rango muy alta; porque en su contenido se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que las normas aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión; y la claridad.

**6. Se determinó que la calidad de su parte resolutive con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión, fue de rango muy alta (Cuadro 6).**

Respecto a la calidad del principio de congruencia fue de rango muy alta;

porque se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente formuladas en el recurso impugnatorio; el contenido el pronunciamiento evidencia resolución, nada más que de las pretensiones ejercitadas en el recurso impugnatorio; el pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia; la claridad; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente.

Finalmente, la calidad de la descripción de la decisión fue de rango muy alta; porque en su contenido se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia a quién le corresponde el derecho reclamado; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la exoneración de las costas y costos del proceso, y la claridad.

## **6.2. Recomendaciones**

Recomendación en el proceso de investigación relacionado con el tema de Divorcio por Causal de Separación de hechos.

Se recomienda, verificar que el proceso se encuentre saneado en las etapas procesales correspondientes, y la existencia de una relación jurídica procesal válida a efectos de evitar posteriores nulidades, que se encuentre en el plazo de ley; a efectos de poder dar solución a las controversias a tratar, siendo este el divorcio; el objeto a tratar en la investigación es la interrupción de la

cohabitación la misma que se concreta con la suspensión mediante el retiro del hogar conyugal o por la el incumplimiento del deber por parte de los cónyuges.

Importancia de la actividad probatoria en la investigación, teniendo por fin acreditar los hechos expuestos por las partes procesales, y de esa forma producir certeza en el juez respecto a las controversias o puntos controvertidos, atendiendo a toda la carga probatoria correspondiente a quien afirma hechos que son pretensiones, debiendo analizarse si con los medios probatorios ofrecidos son los idóneos, en el caso de la parte demandante ha acreditado la separación de hecho como causal de su petitorio de divorcio.

Recomendación en el proceso de conocimientos, apreciar que en los autos se han respetado las partes procedimentales del proceso de conocimiento regulado en el código procesal civil y las exigencias especiales previas (requisitos), así como, identificar las causales invocadas para el divorcio, que la demanda se conteste oportunamente, que se respete el derecho a probar, que se fijen los puntos controvertidos conforme fluye en la audiencia, y demás características del proceso.

## Referencias Bibliográficas

- Abad, S. Y Morales, J. (2005). El derecho de acceso a la información pública – Privacidad de la intimidad personal y familiar. En: Gaceta Jurídica. La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 autores destacados del País. (pp.81-116). T-I. (1ra. Ed.). Lima.
- Alzamora, M. (s.f.), Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. (8va. Edic.), Lima: EDDILI
- Bautista, P. (2006). Teoría General del Proceso Civil. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Bermúdez, Alexander (2016). Compendio de derecho procesal Civil. Editorial ADRUS, p. 378.
- Berrío, V. (s/f). Ley Orgánica del Ministerio Público. Lima. Ediciones y Distribuciones.
- Bonini, Giotto "II proceso civile" Vol. 1, Milano, Fray-telli Bocca-Editori, 1943. pág. 30.
- Burgos, J. (2010). La Administración de Justicia en la España del XXI (Últimas Reformas).
- Bustamante, R. (2001). Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima: ARA Editores.
- Cabanellas, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual, 21a., Buenos Aires-Argentina Edit., Heliasta, t. III, Pág. 547.(14)

- Cabello, C. (2003). Divorcio ¿Remedio en el Perú? En: Derecho de Familia.  
Lima: Editorial Librería y Ediciones Jurídicas.
- Cajas, W. (2008). Código Civil y otras disposiciones legales. (15ª. Edic.) Lima:  
Editorial RODHAS.
- Calamandrei, Piero "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Vol 11, B.Aires  
Ed.jurídicas Europa-América, 1962, pág. 297; en este mismo sentido Miguel y  
Romero, De Miguel y Alonso, op. cit., pág. 161; en igual forma Costa, op. cit.,  
págs. 171-172.
- Carnelutti, Francesco "Instituciones del Proceso Civil", Vol. 1, Trad. de la 5ta edición  
italiana por S. Sentís Melendo, B.Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América,  
1973, pág. 175; en este sentido Carnelutti, Francesco "Instituciones del Nuevo  
Proceso Civil Italiano".
- Carrión Lugo, Jorge. "Tratado de derecho procesal civil". Lima 2000. Edit, Grijley, p.  
24
- Carrión Lugo, Jorge "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo II, Editorial Grijley,  
1ra. Reimpresión de la 1ra. Edición, año 2000, Pág. 532
- Casal, J. y Mateu, E. (2003). En Rev. Epidem. Med. Prev. 1: 3-7. Tipos de Muestreo.  
CRESA. Universitat Autònoma de Barcelona, 08193 Bellaterra,
- Castillo, (s/f). Comentarios Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte  
Suprema. 1ra. Edición. Lima. Editorial GRIJLEY.
- Castillo, y De Pina. (1995). Razonamiento judicial, interpretación, argumentación

y motivación de las resoluciones judiciales. (1ra. Edic.) Lima: ARA Editores.

Coaguilla, J. (s/f). Los Puntos Controvertidos en el Proceso Civil.

Costa, "La capacidad para ser Parte", 1959, pág. 173.

Couture, Fundamentos Derecho Procesal Civil, De palma, Buenos Aires, 1977, p.40.

Couture (1958). Ob. Cit. pp. 248-249.

Couture (1958). Ob. Cit. p. 257.

Couture, E. (2002). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Editorial IB de F. Montevideo.

Chanamé, R. (2009). Comentarios a la Constitución (4ta. Edic.) Lima: Editorial Jurista Editores. Casación N. <sup>a</sup> 2007-T-07-F- LAMBAYEQUE.11/11.97

Devis Echandia, Hernando, Teoría General del Proceso, Edit Universidad; Buenos Aires Argentina 1984, Pág. 21-22.

Devis Echandia (1984). Compendio pruebas judiciales. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, p. 6.

Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Volumen IV, séptima edición, Reimpresión 1998, p. 30.

Domínguez, El proceso civil ordinario, op.cit, pág.50

D'Onofrio, Paolo "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Trad. José Becerra B., Prol.

Raúl Berrón M., México, Editorial Jus, 1945, págs. 70-71; en este mismo sentido Miguel y Romero, Mauro; y Carlos Alonso de Miguel "Derecho procesal práctico", Tomo 1, undécima edición, Barcelona, Bosch, 1967, pág. 162.

Fiallo Rodríguez J.P., Cerezal Mezquita J.y Hedesá Pérez Y.J. (2008). La investigación Pedagógica una vía para elevar la calidad educativa. Edit. Taller Gráficos San Remo. Lima- Perú. pp.224

Francisco Carnelutti (1990). Derecho Procesal Civil. Tomo I. Bosch, Barcelona, p. 256

Gonzáles. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Rev. chile. derecho online. 2006, vol.33, n.1, pp. 93-107. ISSN 0718-3437.

Gonzáles. (2008). El diseño en la investigación cualitativa. En: Lenise Do Prado, M., De Souza, M. y Carraro, T. Investigación cualitativa en enfermería: contexto y bases conceptuales. Serie PALTEX Salud y Sociedad 2000 N° 9. (pp.87-100). Washington: Organización Panamericana de la Salud.

Gozaini A. Osvaldo (1996). Teoría General del Derecho Procesal. Ediar. S.A. Bs. As.

Gozaini, Alfredo (1997). La prueba en el Proceso Civil Peruano. Normas Legales, Trujillo, p. 26.

H. de Canales F y otras (1989). Metodología de la investigación. Manual para el desarrollo del personal de salud. Editorial Limusa. México. pp.327.

Juan Monroy Gálvez. Introducción al Proceso Civil (Tomo I)



- Kuttner, Urteilstwirkungen ausserhalb des Zpr. (1914). pp. 21 y ss., 38
- Lenise Do Prado, M., Quelopana Del Valle, A., Compean Ortiz, L. y Reséndiz
- León, R. (2008). Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales. Lima.: Academia de la Magistratura (AMAG).
- Liebman, Enrico Tullio "Manual de Derecho Procesal Civil", Trad. Sentís Melendo, B.Aires, Ed.Jurídicas Europa-América, 1980, pág. 66 ; en igual sentido Attardi, op. cit., pág. 280
- Llambías, Jorge. (1967) Tratado de derecho civil Parte general, Perrot Bs. As. Tomo I.
- Mejía J. (2004). Sobre la Investigación Cualitativa. Nuevos Conceptos y campos de desarrollo.de.[Http://www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/publicaciones/inv.sociales/N132004/a15.pdf](http://www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/publicaciones/inv.sociales/N132004/a15.pdf)
- Monroy Gálvez, Juan. (2004). La Formación del Proceso Civil Peruano. (Escritos reunidos). 2da Edición. Lima. Palestra Editores.
- Morales Godo Juan. "La prueba y el Código Procesal Civil Peruano". En Gaceta Jurídica. Tomo 87. Febrero, 2001, pp. 10-11.
- Morales Godo, Juan. "El saneamiento procesal". Lima 1998. Palestra Editores, p. 39
- Oevis Echeandía, Hemando. Teoría General del proceso, 13. ed., T. 1, Dike, Medellín, 1994, p. BO.
- Piero Calamandrei, Instituciones de derecho procesal civil, volumen I, ediciones JEA, Buenos Aires, 1962, pp. 317 y ss, en particular p. 323. 5 Peter Häberle, La

libertad fundamental en el Estado constitucional, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 289 y ss. La libertad fundamental en el Estado constitucional..., op. cit., p. 292.

Plácido A. (2002). Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima: RODHAS.

Proetica (2010). Sexta Encuesta Nacional sobre Corrupción elaborado por IPSOS Apoyo.

Quispe Salsavilca, David. El nuevo régimen de divorcio en el Perú. La separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común.

Real Academia de la Lengua Española. (2001); Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.

Redenti, Enrico "Derecho Procesal Civil", Vol. 1, Trad. Sentís Melendo y Ayerra Redin, Prol. Alcalá Zamora y C., B. Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pág. 151.

Rico, J. & Salas, L. (s/f). La Administración de Justicia en América Latina. s/l. CAJ Centro para la Administración de Justicia. Universidad Internacional de la Florida.

Rocco, Ugo "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo 11, 2da reimpresión inalterada, Bogota- B. Aires, Temis-De Palma, 1983, págs. 114-115; en este mismo sentido Rocco, Ugo "Teoría General del Proceso Civil", Trad. E de J. Tena, México, Porrúa s.a., 1959, pág. 372.

Rodríguez, L. (2005). La Prueba en el Proceso Civil. Lima: Editorial Printed in Perú.

Rosenberg, Leo "Tratado de Derecho Procesal", Volumen 1, Trad. Angela Romero y, B. Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. pág 211.

Rosenberg, Leorb, considera los presupuestos de protección jurídica como presupuestos de la sentencia de fondo y estima, por lo tanto, «inexactas» todas las conclusiones desarrolladas en el texto. .3 , 291

Rosernberg, Leo, (1955). Tratado de derecho Procesal Civil. E.J.E.A. Bs As. Tomo I.

Sánchez Carlessi H. y Reyes Meza C. (2006). Metodología y diseños en investigación científica. Edit. Visión Universitaria. Lima – Perú. pp.222

Sarango, H. (2008). “El debido proceso y el principio de la motivación de las resoluciones/sentencias judiciales”. (Tesis de maestría, Universidad Andina SimónBolívar).

Satta, Salvatore "Manual de Derecho Procesal Civil", Vol. 1, Trad.Sentís Melendo y De la Rua, Buenos Aires, Ed.Jurídicas Europa-América, 1971, pág. 85. El error del autor está en identificar los dos conceptos de parte y legitimado, no pudiendo concebir por ello otra parte que no sea la "parte justa".

Supo, J. (2012). Seminarios de investigación científica. Tipos de investigación.

Ticona, V. (1994). Análisis y comentarios al Código Procesal Civil. Arequipa. Editorial: Industria Gráfica Librería Integral.

Ticona, V. (1999). El Debido Proceso y la Demanda Civil. Tomo I. Lima. Editorial: RODHAS.

Universidad de Celaya (2011). Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya. Centro de Investigación. México.

Valderrama, S. (s.f.). Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica. (1ra Ed.). Lima: Editorial San Marcos.

Varsi Rospigliosi. (2011). Tratado de Derecho de Familia. (Primera Edición). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.

# ANEXOS

ANEXO 1

Cuadro de Operacionalización de la Variable Calidad de Sentencia – Primera Instancia

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
SENTENCIA	CALIDAD DE LA SENTENCIA	PARTE EXPOSITIVA	Introducción	<p>1. El encabezamiento evidencia: <i>la individualización de la sentencia, indica el número de expediente, el número de resolución que le corresponde a la sentencia, lugar, fecha de expedición, menciona al juez, jueces, etc.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Evidencia el asunto: <i>¿El planteamiento de las pretensiones? ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá?.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Evidencia la individualización de las partes: <i>se individualiza al demandante, al demandado, y al del tercero legitimado; éste último en los casos que hubiera en el proceso).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Evidencia los aspectos del proceso: <i>el contenido explicita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>
			Postura de las partes	<p>1. Explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Explícita y evidencia congruencia con los fundamentos facticos expuestos por las partes. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Explícita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		PARTE	Motivación de los hechos	<p>1. Las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbados. <i>(Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es)).</i><b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas. <i>(Se realizó el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos; se verificó los requisitos requeridos para su validez).</i><b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta. <i>(El contenido evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examinó todos los posibles resultados probatorios, interpretó la prueba, para saber su significado).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. <i>(Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto).</i><b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad <i>(El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>

		<b>CONSIDERATIVA</b>	<b>Motivación del derecho</b>	<p>1. Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones. (El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad) (Vigencia en cuanto validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas. (El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales. (La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad).<b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión. (El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo).<b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<b>PARTE RESOLUTIVA</b>	<b>Aplicación del Principio de Congruencia</b>	<p>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas. (Es completa) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. El contenido evidencia resolución nada más, que de las pretensiones ejercitadas (No se extralimita/Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado) (<b>Si cumple/No cumple</b>)</p> <p>3. El contenido evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. El contenido del pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple.</b></p>
			<b>Descripción de la decisión</b>	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/ el derecho reclamado, o la exoneración de una obligación. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso, o la exoneración si fuera el caso. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad: El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple.</b></p>

**Cuadro de Operacionalización de la Variable Calidad de Sentencia – Segunda Instancia**

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
<b>S E N T E N C I A</b>	<b>CALIDAD DE LA SENTENCIA</b>	<b>EXPOSITIVA</b>	<b>Introducción</b>	<p>1. El <b>encabezamiento</b> evidencia: <i>la individualización de la sentencia, indica el número de expediente, el número de resolución que le corresponde a la sentencia, lugar, fecha de expedición, menciona al juez, jueces, etc.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Evidencia el <b>asunto</b>: <i>¿El planteamiento de las pretensiones? ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá?, el objeto de la impugnación, o la consulta; los extremos a resolver.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Evidencia <b>la individualización de las partes</b>: <i>se individualiza al demandante, al demandado, y al del tercero legitimado; éste último en los casos que hubiera en el proceso).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Evidencia <b>los aspectos del proceso</b>: <i>el contenido explicita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia <b>claridad</b>: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>
			<b>Postura de las partes</b>	<p>1. Evidencia <b>el objeto de la impugnación</b>/o la consulta (El contenido explicita los extremos impugnados en el caso que corresponda). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. <b>Explicita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación</b>/o la consulta. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Evidencia <b>la pretensión(es) de quién formula la impugnación</b>/o de quién ejecuta la consulta. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Evidencia <b>la(s) pretensión(es) de la parte contraria al impugnante</b>/de las partes si los autos se hubieran elevado en consulta/o explicita el silencio o inactividad procesal. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia <b>claridad</b>: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<b>CONSIDERATIVA</b>	<b>Motivación de los hechos</b>	<p>1. <b>Las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas.</b> (Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es)). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. <b>Las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas.</b> (Se realizó el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada</p>



			<p>se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos, se verificó los requisitos requeridos para su validez). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. Las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta.</b> (El contenido evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examinó todos los posibles resultados probatorios, interpretó la prueba, para saber su significado). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia.</b> (Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad:</b> el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<b>Motivación del derecho</b>	<p><b>1. Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones.</b> (El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad) (Vigencia en cuanto validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. Las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas.</b> (El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales.</b> (La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión.</b> (El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad</b> (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple</b></p>
	<b>RESOLUTIVA</b>	<b>Aplicación del Principio de Congruencia</b>	<p><b>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio/en la adhesión/ o los fines de la consulta.</b> (según corresponda) (Es completa) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. El pronunciamiento evidencia resolución nada más, que de las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio/la adhesión o la consulta (según corresponda)</b> (No se extralimita)/Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. El pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia.</b> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. El pronunciamiento evidencia correspondencia</b> (relación recíproca) <b>con la parte</b></p>

			<p>expositiva y considerativa respectivamente. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia <b>claridad</b> (<i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas</i>). <b>Si cumple/No cumple.</b></p>
		<p><b>Descripción de la decisión</b></p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/ el derecho reclamado/ o la exoneración de una obligación/ la aprobación o desaprobación de la consulta. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso/ o la exoneración si fuera el caso. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia <b>claridad</b>: <i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas</i>. <b>Si cumple/No cumple.</b></p>

## ANEXO 2

### CUADROS DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y DETERMINACIÓN DE LA VARIABLE

#### 1. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), se denomina objeto de estudio a las sentencias de primera y segunda instancia.
2. La variable de estudio viene a ser la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia según los parámetros doctrinarios, normativos y jurisprudenciales pertinentes.
3. La variable tiene dimensiones, los cuales son tres por cada sentencia, estos son: la parte expositiva, considerativa y resolutive, respectivamente.
4. Cada dimensión de la variable tiene sus respectivas sub dimensiones.

#### **En relación a la sentencia de primera y segunda instancia.**

- 4.1. Las sub dimensiones de la dimensión parte expositiva son 2: *introducción y la postura de las partes.*
- 4.2. Las sub dimensiones de la dimensión parte considerativa son 2: *motivación de los hechos y motivación del derecho.*
- 4.3. Las sub dimensiones de la dimensión parte resolutive son 2: *aplicación del principio de congruencia y descripción de la decisión.*

\* **Aplicable:** *cuando la fuente se trata de procesos civiles y afines.*

5. Cada sub dimensión presenta 5 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
6. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada sub dimensión se ha previsto 5 parámetros, que son criterios o indicadores de calidad, extraídos indistintamente de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia los cuales se registran en la lista de cotejo.
7. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio se califica en 5 niveles que son: muy baja, baja, mediana, alta y muy alta, respectivamente.
8. **Calificación:**
  - 8.1. De los parámetros: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si cumple y no cumple.
  - 8.2. De las sub dimensiones: se determina en función al número de parámetros cumplidos.

8.3. De las dimensiones: se determina en función a la calidad de las sub dimensiones, que presenta.

8.4. De la variable: se determina en función a la calidad de las dimensiones

**9. Recomendaciones:**

9.1. Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.

9.2. Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.

9.3. Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso judicial existente en el expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.

9.4. Empoderarse, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas facilitará el análisis de la sentencia, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.

10. El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.

11. Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

**2. PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS PARÁMETROS DOCTRINARIO, NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PREVISTOS EN EL PRESENTE ESTUDIO.**

Para recoger los datos se contrasta la lista de cotejo con el texto de la sentencia; el propósito es identificar cada parámetro en el texto respectivo de la sentencia.

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

**Cuadro 1**

**Calificación aplicable a los parámetros**

<b>Texto respectivo de la sentencia</b>	<b>Lista de parámetros</b>	<b>Calificación</b>
		<b>Si cumple</b> (cuando en el texto se cumple)
		<b>No cumple</b> (cuando en el texto no se cumple)

**Fundamentos:**

- ❖ El hallazgo de un parámetro se califica con la expresión : Si cumple
- ❖ La ausencia de un parámetro se califica con la expresión : No cumple

### 3. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE UNA SUB DIMENSIÓN

(Aplicable cuando se trata de la sentencia de primera y de segunda instancia)

**Cuadro 2**

#### **Calificación aplicable a cada sub dimensión**

<b>Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión</b>	<b>Valor (referencial)</b>	<b>Calificación de calidad</b>
Si se cumple 5 de los 5 parámetros previstos	5	Muy alta
Si se cumple 4 de los 5 parámetros previstos	4	Alta
Si se cumple 3 de los 5 parámetros previstos	3	Mediana
Si se cumple 2 de los 5 parámetros previstos	2	Baja
Si sólo se cumple 1 parámetro previsto o ninguno	1	Muy baja

#### **Fundamentos:**

- ✦ Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- ✦ Consiste en agrupar los parámetros cumplidos.
- ✦ La calidad de la sub dimensión se determina en función al número de parámetros cumplidos.
- ✦ Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica con el nivel de: muy baja.

### 4. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE LAS DIMENSIONES PARTE EXPOSITIVA Y RESOLUTIVA

(Aplicable cuando se trata de la sentencia de primera y de segunda instancia)

**Cuadro 3**  
**Calificación aplicable a las dimensiones: parte expositiva y parte resolutive**

Dimensión	Sub dimensiones	Calificación					Rangos de calificación de la dimensión	Calificación de la calidad de la dimensión	
		De las sub dimensiones							De la dimensión
		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta			
		1	2	3	4	5			
Nombre de la dimensión: ...	Nombre de la sub dimensión		X				7	[ 9 - 10 ]	Muy Alta
								[ 7 - 8 ]	Alta
	Nombre de la sub dimensión					X		[ 5 - 6 ]	Mediana
								[ 3 - 4 ]	Baja
								[ 1 - 2 ]	Muy baja

**Ejemplo: 7**, está indicando que la calidad de la dimensión, ... es alta, se deriva de la calidad de las dos sub dimensiones, ..... y ....., que son baja y muy alta, respectivamente.

**Fundamentos:**

- ✦ De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas como: parte expositiva y parte resolutive, cada una, presenta dos sub dimensiones.
- ✦ Asimismo, el valor máximo que le corresponde a una sub dimensión es 5 (Cuadro 2). Por esta razón, el valor máximo que le corresponde a una dimensión que tiene 2 sub dimensiones es 10.
- ✦ Por esta razón el valor máximo que le corresponde a la parte expositiva y parte resolutive, es 10.
- ✦ Asimismo, para los efectos de establecer los 5 niveles de calidad, se divide 10 (valor máximo) entre 5 (número de niveles), y el resultado es 2.
- ✦ El número 2, indica que cada nivel de calidad presenta 2 niveles de calidad.
- ✦ Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la calidad. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 3.

▲ La determinación de los valores y niveles de calidad, se evidencian en el siguiente texto:

**Valores y nivel de calidad:**

[9 - 10] = Los valores pueden ser 9 o 10 = Muy alta

[7 - 8] = Los valores pueden ser 7 o 8 = Alta

[5 - 6] = Los valores pueden ser 5 o 6 = Mediana

[3 - 4] = Los valores pueden ser 3 o 4 = Baja

[1 - 2] = Los valores pueden ser 1 o 2 = Muy baja

Nota: Esta información se evidencia en las dos últimas columnas del Cuadro 3.

**5. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE LA DIMENSIÓN PARTE CONSIDERATIVA**

Se realiza por etapas.

**5.1. Primera etapa: determinación de la calidad de las sub dimensiones de la parte considerativa.**

(Aplicable cuando se trata de la sentencia de primera y de segunda instancia).

**Cuadro 4**  
**Calificación aplicable a las sub dimensiones de la parte considerativa**

Cumplimiento de criterios de evaluación	Ponderación	Valor numérico (referencial)	Calificación de calidad
Si se cumple 5 de los 5 parámetros previstos	2x 5	10	Muy alta
Si se cumple 4 de los 5 parámetros previstos	2x 4	8	Alta
Si se cumple 3 de los 5 parámetros previstos	2x 3	6	Mediana
Si se cumple 2 de los 5 parámetros previstos	2x2	4	Baja
Si sólo se cumple 1 parámetro previsto o ninguno	2x 1	2	Muy baja

**Nota:** el número 2, está indicando que la ponderación o peso asignado para los parámetros está duplicado; porque pertenecen a la parte considerativa, lo cual permite hallar los valores que orientan el nivel de calidad.

**Fundamentos:**

- ✦ Aplicar el procedimiento previsto en el Cuadro 1. Es decir; luego de haber identificado uno por uno, si los parámetros se cumplen o no.
- ✦ El procedimiento para determinar la calidad de las dimensiones identificadas como parte EXPOSITIVA Y RESOLUTIVA, difiere del procedimiento empleado para determinar la calidad la dimensión identificada como parte CONSIDERATIVA. En éste último la ponderación del cumplimiento de los parámetros se duplican.
- ✦ La calidad de la parte expositiva y resolutive emerge de la calidad de sus respectivas sub dimensiones, los cuales a su vez se determinan agrupando los parámetros cumplidos conforme al Cuadro 2.
- ✦ La calidad de la parte considerativa; también, emerge de la calidad de sus respectivas sub dimensiones; cuya calidad, a diferencia de las anteriores, se determina luego de multiplicar por 2, el número de parámetros cumplidos conforme al Cuadro 4. Porque la ponderación no es simple; sino doble.
- ✦ Por esta razón los valores que orientan la determinación de los cinco niveles de calidad que son: muy baja, baja, mediana, alta y muy alta; no son, 1, 2, 3, 4 y 5; sino: 2, 4, 6, 8 y 10; respectivamente; cuando se trata de la parte considerativa.
- ✦ Fundamentos que sustentan la doble ponderación:

**5.2. Segunda etapa: determinación de la calidad de la de dimensión: parte considerativa**

(Aplicable para la sentencia de **primera instancia** - tiene 2 sub dimensiones – ver Anexo 1)

**Cuadro 5**

**Calificación aplicable a la dimensión: parte considerativa (primera instancia)**

Dimensión	Sub dimensiones	Calificación					Rangos de calificación de la dimensión	Calificación de la calidad de la dimensión	
		De las sub dimensiones							De la dimensión
		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta			



		2x 1= 2	2x 2= 4	2x 3= 6	2x 4= 8	2x 5= 10			
Parte considerativa	Nombre de la sub dimensión			X			14	[17 - 20]	Muy alta
	Nombre de la sub dimensión				X			[13 - 16]	Alta
								[9 - 12]	Mediana
								[5 - 8]	Baja
								[1 - 4]	Muy baja

**Ejemplo: 14**, está indicando que la calidad de la dimensión parte considerativa es de calidad alta, se deriva de los resultados de la calidad de las dos sub dimensiones que son de calidad mediana y alta, respectivamente.

### Fundamentos:

- ✦ De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), la parte considerativa presenta 2 sub dimensiones que son motivación de los hechos y motivación del derecho.
- ✦ De acuerdo al Cuadro 4, el valor máximo que le corresponde a cada sub dimensión es 10; asimismo, de acuerdo a la lista de especificaciones (punto 8.3), la calidad de una dimensión se determina en función a la calidad de las sub dimensiones que lo componen.
- ✦ Por esta razón si una dimensión tiene 2 sub dimensiones, cuyo valor máximo de cada uno, es 10; el valor máximo que le corresponde a la dimensión es 20.
- ✦ El número 20, es referente para determinar los niveles de calidad. Consiste en dividir 20 (valor máximo) entre 5 (número de niveles), y el resultado es 4.
- ✦ El número 4 indica, que en cada nivel de calidad hay 4 valores.
- ✦ Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; para orientar la determinación de los 5 niveles de calidad. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 5.
- ✦ La determinación de los valores y niveles de calidad, se evidencian en el siguiente texto:

### Valores y nivel de calidad:

[17 - 20] = Los valores pueden ser 17, 18, 19 o 20 = Muy alta

[13 - 16] = Los valores pueden ser 13, 14, 15 o 16 = Alta

[9 - 12] = Los valores pueden ser 9, 10, 11 o 12 = Mediana

[5 - 8] = Los valores pueden ser 5, 6, 7 o 8 = Baja

[1 - 4] = Los valores pueden ser 1, 2, 3 o 4 = Muy baja

## 5.2. Tercera etapa: determinación de la calidad de la dimensión: parte considerativa – Sentencia de segunda instancia

Se aplica el mismo procedimiento previsto para determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, conforme se observa en el Cuadro 5.

### Fundamento:

- La parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, presenta el mismo número de sub dimensiones que la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, entonces el procedimiento a seguir es el mismo.  
La exposición anterior se verifica en el Cuadro de Operacionalización – Anexo 1.

## 6. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE LA VARIABLE: CALIDAD DE LA SENTENCIAS

Se realiza por etapas

### 6.1. Primera etapa: con respecto a la sentencia de primera instancia

Examinar el cuadro siguiente:

**Cuadro 6**

### Calificación aplicable a la sentencia de primera y segunda instancia

**Ejemplo: 30**, está indicando que la calidad de la sentencia en estudio es de rango alta, se deriva de los resultados

Variable	Dimensión	Sub dimensiones	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: calidad de la sentencia					
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	
			1	2	3	4	5		[1 - 8]	[9 - 16]	[17 -24]	[25-32]	[33 - 40]	
Calidad de la sentencia	Parte positiva	Introducción			X			[9 - 10]	Muy alta					
					X			[7 - 8]	Alta					

	Postura de las partes						7	[5 - 6]	Mediana	30	
								[3 - 4]	Baja		
								[1 - 2]	Muy baja		
	Parte considerativa	Motivación de los hechos	2	4	6	8	10	14	[17 -20]		Muy alta
						X			[13-16]		Alta
		Motivación del derecho			X				[9- 12]		Mediana
									[5 -8]		Baja
							[1 - 4]	Muy baja			
	Parte resolutive	Aplicación del principio de congruencia	1	2	3	4	5	9	[9 -10]		Muy alta
						X			[7 - 8]		Alta
									[5 - 6]		Mediana
		Descripción de la decisión					X		[3 - 4]		Baja
									[1 - 2]		Muy baja

de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive que fueron de rango: alta, alta y muy alta, respectivamente.

### Fundamentos

- ✦ De acuerdo a las Lista de Especificaciones la calidad de cada sentencia se determina en función a la calidad de sus partes
- ✦ Para determinar la calidad de la sentencia de primera instancia, se aplica todos los procedimientos especificados, de la forma siguiente:
  - 1) Recoger los datos de los parámetros.
  - 2) Determinar la calidad de las sub dimensiones; y
  - 3) Determinar la calidad de las dimensiones.
  - 4) Ingresar la información a cuadro similar al que se presenta en el Cuadro 6. Se realiza al concluir el trabajo de investigación.

### Determinación de los niveles de calidad.

- 1) Se determina el valor máximo, en función al valor máximo de la parte expositiva, considerativa y resolutive, que son 10, 20 y 10, respectivamente, (Cuadro 3 y 5), el resultado es: 40.
- 2) Para determinar los niveles de calidad se divide 40 (valor máximo) entre 5 (número de niveles) el resultado es: 8.
- 3) El número 8, indica que en cada nivel habrá 8 valores.
- 4) Para asegurar que todos los valores que surjan al organizar los datos, se

establece rangos, para orientar los 5 niveles de calidad. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 6.

5) Observar los niveles y valores de cada nivel en el siguiente texto:

**Valores y niveles de calidad**

[33 - 40] = Los valores pueden ser 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 o 40 = Muy alta

[25 - 32] = Los valores pueden ser 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 o 32 = Alta

[17 - 24] = Los valores pueden ser 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 o 24 = Mediana

[9 - 16] = Los valores pueden ser 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 o 16 = Baja

[1 - 8] = Los valores pueden ser 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 o 8 = Muy baja

**6.2. Segunda etapa: con respecto a la sentencia de segunda instancia**

Se aplica el mismo procedimiento previsto para determinar la calidad de la sentencia de primera instancia, conforme se observa en el Cuadro 6.

**Fundamento:**

- La sentencia de primera instancia, presenta el mismo número de sub dimensiones que la sentencia de segunda instancia
- La exposición anterior se verifica en el Cuadro de Operacionalización - Anexo 1.

### **ANEXO 3**

#### **DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO**

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre sobre divorcio por causal de separación de hecho, contenido en el expediente N° 00711-2008-0801-JR-FC-2 en el cual han intervenido en primera y en segunda Instancia Superior del Distrito Judicial del Cañete.

Por estas razones, como autor, tengo conocimiento de los alcances del Principio de Reserva y respeto de la Dignidad Humana, expuesto en la metodología del presente trabajo; así como de las consecuencias legales que se puede generar al vulnerar estos principios.

Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que:

Me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, más por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario asumiré exclusivamente mi responsabilidad.

Cañete, 11 de julio 2020

-----  
GIANCARLOS JESUS CAMPOS QUISPE - DNI N° 71761991

## ANEXO 4

### SENTENCIA N°1

#### **Corte superior de justicia de cañete**

Segundo Juzgado Especializado de Familia de Cañete

**Expediente:** 00711-2008-0-0801-JR-FC-02

**Materia:** Divorcio por causal

**Demandante:** M.P.M

**Demandado:** M.N.B.S

**Juez:** P.T.A.

**Secretaria:** S.B.R.D

#### **Sentencia**

**Resolución Número. Treinta y seis**

**Cañete, Quince de Mayo del dos mil catorce**

VISTOS: Puesto el presente proceso para emitir sentencia

#### **Parte expositiva:**

##### **II. Demanda:**

**Identificación de partes y petitorio:** Resulta de autos (de fojas 08/13 y 21), M.P.M, interpone demanda de Divorcio por causal de Separación de Hecho y la dirige contra su cónyuge M.N.B.S y el Ministerio Público, a fin de que previo tramite de ley se expida sentencia declarando la disolución del vínculo matrimonial y envía de acumulación originaria, como:

1.- Pensión de alimentos, 2.- Patria potestad y régimen de visitas, 3.- Se de fin, (a los deberes conyugales), por fenecido el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

#### **2. Fundamentos.**

##### **De Hecho.**

a). Sustenta su demanda en que contrajo matrimonio civil con la demandada por ante la Municipalidad Distrital de Imperial, Provincia de Cañete – Lima, habiendo procreado a su hijo J.M.P.B, que a la fecha (de interposición de la demanda), contaba con 24 años de edad y es suboficial de la Policía Nacional del Perú.

b) Que, con la demandada, se produjo la separación de hecho por un periodo ininterrumpido mayor de dos años, que su matrimonio tuvo una duración de aproximadamente de dos años, (resaltado) que se encuentra separado desde el 12 de Marzo de 1985 desde esa fecha no haber hecho vida en común con la demandada, que no ha operado la caducidad.

c) Que durante la unión matrimonial no han adquirido bienes muebles e inmuebles por lo que no tienen nada que liquidar.

### **De Derecho.**

d) Ampara su demanda en las disposiciones legales que invoca artículos 332, 333 inciso 12 del código civil, así como el 480° 425° y siguientes del código procesal civil.

## **II. Actividad jurisdiccional**

**1.Admisorio de la demanda.** - Interpuesta la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, esta fue admitida a trámite por resolución número tres, (de folios 27) corriéndose traslado a los demandados.

**2.Contestacion de la demanda.** - a) El Ministerio Público absolvió la demanda con su escrito, (de folios 42/43), por lo que, mediante resolución número cinco, de fecha nueve de diciembre del dos mil ocho, se tiene por contestada la demanda. B) M.N.B.S contesta la demanda con el escrito (de fojas 37/38) entre otros argumentos sostiene: I. Que, es falso que estamos separados de hecho desde el 12 de marzo del 1985 pues el demandante por motivo de trabajo viajaba y venía con engaños y lo perdonaba y volvíamos a rehacer nuestra relación sentimental, hasta que comprobé que mi cónyuge realizaba doble vida sentimental tanto con mi persona y con A.O.H con quien ha tenido tres hijos y después de comprobada esta infidelidad el demandante se retiró a vivir en adulterio con su otro compromiso.

II. Desde que se retiró del hogar conyugal nos dejó en estado de abandono y aproximadamente han transcurrido 13 años, al estar separados tuve que interponer demanda de alimentos, solo abona el 10% de su sueldo para cada uno (hijo y cónyuge) no cubre los daños y perjuicios que me ha causado en perjudicar mi juventud fue su esposa desde los 20 años de edad, y ha perjudicado el desarrollo de una vida familiar estable con el desarrollo de nuestro único hijo, pues su educación primaria y

profesional lo he asumido sin contar en el apoyo económico del demandante. III. El demandante tiene propiedades y números de cuentas en diferentes entidades (respecto de los alimentos que son irrenunciables, vengo percibiendo el 10% de sus remuneraciones, sin embargo, de manera simultánea con esta demanda ha interpuesto demanda de exoneración de alimentos. IV. Ampara esta contestación de la demanda en el artículo 287, 351 y siguientes del código civil.

**3.Saneamiento, fijación de puntos controvertidos.** - Que, se a declarado saneado el proceso y la existencia de una relación jurídico procesal valida, se ha concedido el plazo de ley a efectos de que las partes propongan los punto controvertidos, habiéndose fijado con fecha dieciséis de marzo del dos mil diez. a) Determinar si los cónyuges se encuentran separados por periodo ininterrumpido mayor de dos años, b) Determinar si el demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias a favor de su cónyuge y su hijo. c) Determinar o establecer quien fue el cónyuge responsable de la separación de hecho, que se demanda para los efectos de la indemnización dispuesta por ley. d) pronunciamiento respecto de los alimentos y la sociedad de gananciales, que se realizó el saneamiento probatorio, admitiéndose y teniéndose presente los medios de prueba, (ofrecidos por parte) se llevó la audiencia de pruebas en los términos del acta de fojas 100/ 103 y habiéndose expedido resolución de fecha treinta y cuatro de fecha diecisiete de diciembre, con los expedientes a la vista: 1.- Expediente N°00288-2008-0-0801-JP-FC-02 materia exoneración de Alimentos seguido entre las partes, 2.- Expediente N°743 – 92 Materia Prorratio de Alimentos, seguido entre las partes su estado es la de dictar sentencia.

**Parte considerativa.**

**De la premisa normativa.**

**De carácter sustantivo.**

1. Que el numeral 12 del artículo 333° del código civil modificado por la Ley 27595 establece como causal de separación de cuerpos, “La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si lo cónyuges tuvieran hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°, razón por la cual dicha causal puede ser



alegada por cualquiera de ellos ya que no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado, a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios, por otro lado el artículo 349° del código sustantivo civil modificado por el artículo 5° de la ley 27595 dispone que puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333° inciso 1 al 12 en ese contexto el artículo 348° del Código Civil señala que el divorcio disuelve el matrimonio, siendo que la separación de hecho consiste en la interrupción de la cohabitación conyugal sin que haya propósito de re normalizar la vida en común, situación fáctica en la que se encuentran los cónyuges que sin previa decisión judicial infringen el deber de hacer vida en común, expresándose de modo permanente y por voluntad de uno o ambos cónyuges.

2. Que sobre el particular, la doctrina señala que los elementos configurativos de la causal de divorcio por separación de hecho son: I. Elemento objetivo, que constituye la interrupción de la cohabitación la misma que se concreta con su suspensión mediante el retiro del hogar conyugal o por la quiebra del deber por parte de los consortes aun cuando

3. continúan viviendo en el mismo inmueble. II. Elemento Subjetivo, que consiste en la voluntad de no convivir uno con el otro, por razones de no existir estado de necesidad, fuerza mayor, imposición por necesidad jurídica o cuando se produzca por razones laborales, requiriéndose por tanto, en contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación. III. Elemento Temporal, supone el mantenimiento de la situación de separación durante un plazo determinado, el mismo que debe correr en forma continua, siendo que la producción del término que se produzca como consecuencia de una reconciliación operara de igual forma que la prescripción borrando para el futuro el lapso del tiempo transcurrido. En tal sentido, el quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 289°, del código civil, que señala “ Es deber ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal, lo que se estaría alegando a efectos de sustentar el divorcio por la causal de separación de hecho, que implicaría la materialización del alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal con la intención cierta de no continuar conviviendo.”

### **De carácter adjetivo.**

3. En cuanto a la actividad probatoria, es menester señalar que los artículos 188° y 196° del CPC disponen que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos, atendiendo a que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos, por los que en el caso sub litis, al haber sido contestada la demanda solo por parte del Ministerio Público, en razón de que el cónyuge demandado se encuentra en calidad de rebelde, corresponde a la parte demandante la carga de la prueba en cuanto a los hechos alegados, debiendo analizarse si con los medios probatorios ofrecidos en el caso de la parte demandante ha acreditado la separación de hecho como causal de su petitorio de divorcio así como su petición accesorio de alimentos.

### **De la compulsión de los hechos y valoración de las pruebas**

1. Con el acta de matrimonio (de folios 18) expedido por el Registro Civil la Municipalidad distrital de Imperial, se acredita que don M.P.M.G y M.N.B.S son cónyuges, al haber contraído matrimonio ante el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Imperial, Provincia de Cañete, Departamento de Lima, con fecha trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos. Prueba documental que corrobora lo aseverado por las partes en sentido.

2. Ahora bien, del análisis de los hechos y las pruebas, que tienen por finalidad resolver los puntos controvertidos, a) si los cónyuges se encuentran separados por más de cuatro años, sobre este particular la demandada M.N.B.S, refiere desde que se retiró del hogar conyugal nos dejó en estado de abandono aproximadamente han transcurrido trece años que efectivamente estar separados tuve que interponer demanda de alimentos, del mismo modo en audiencia de pruebas declara, el fue que se retiró del hogar, salió del hogar por motivos que tiene una relación contra mujer en el año dos mil ocho, siendo ello así, estando a lo dispuesto por el artículo doscientos veintiuno del código adjetivo civil. Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, inferimos que supuesto de hecho, de hecho ininterrumpido por más de dos años, afirmado por el demandante, se encuentra corroborado.

Determinar si el demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias a favor de su cónyuge y su hijo, que si bien conforme al artículo doscientos ochenta y ocho del código civil “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, como tal, uno de los deberes que nace del matrimonio es la asistencia recíproca entre los cónyuges, entre los que se debe considerar el de asistencia alimentaria, de uno respecto al otro, lo que guarda concordancia con lo previsto por el inciso primero del artículo cuatrocientos setenta y cuatro del cuerpo legal acotado se deben recíprocamente alimentos los cónyuges sin embargo para la exigencia de la prestación alimentaria de uno respecto al otro y su determinación judicial no es solo suficiente acreditarse el vínculo conyugal invocado sino sobre todo el estado de necesidad del cónyuge que lo pide, por no estar en posibilidades suficientes para proveer a su propia subsistencia.

(Del caso sub litis) teniéndose la vista el expediente N° 00288–2008–0–0801–JP-FC-02 demandada de exoneración de alimentos seguido por M.P.M contra M.N.B.S y J.M.P.B, se tiene la sentencia de vista, resolución número dos de fecha veintiséis de agosto del dos mil once, ( de fofas 185/189), que confirma la sentencia que declara fundada la demanda de exoneración de alimentos que venía acudiendo a favor de la demandada y su hijo, siendo ello así, carecería de objeto pronunciamiento sobre esta controversia en tanto que en su oportunidad (acredito el demandante) que le descontaban mensualmente.

d) determinar quién fue el cónyuge responsable de la separación de hecho para establecer en su caso la indemnización sobre el supuesto normativo de la indemnización, la ley N° 27495 del 7 de julio del 2001, se han introducido dos nuevas causales de divorcio las previstas en el inciso 11 y 12 del artículo 333° entendiéndose en términos teóricos y legislativos que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, son propias del sistema divorcio remedio en su modalidad causal objetiva, sin tener en cuenta para conceder el divorcio cual de cónyuges motivo el fracaso matrimonial fundamentándose en la necesidad de liberar a los cónyuges de una relación gravemente dañada. De allí debería señalarse que artículo 345-A del código civil, estaría dando lugar a un sistema mixto, es decir no se toma en cuenta el dolo o la culpa en la

separación de hecho por parte de uno de los cónyuges para la concesión del divorcio, pero si para la indemnización.

En cuanto al elemento objetivo la separación de hecho se encuentra materializada en autos en tanto que lo han confirmado las partes del demandante refiere desde el 12 de marzo de 1985 la demandada nos dejó en estado de abandono han transcurrido trece años .

En relación al elemento subjetivo la intención de no hacer vida en común se configuraría al quebrantarse de manera voluntaria lo dispuesto en el artículo 289 del código Civil que señala como deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal .

Del fenecimiento del régimen patrimonial. Al declararse la disolución del vínculo matrimonial fenece el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer, cesa el derecho de llevar el apellido del marido agregado al suyo y cesa el derecho hereditario entre los cónyuges de acuerdo a los artículos 318° Inc.3.

Base fáctica y que abren elementos probatorios o indicios suficientes que permiten establecer que se ha dado esta situación de inestabilidad económica que justifique una indemnización , No siendo posible que se dicte la misma si no existen fundamentos de hecho y de derecho aportados por las partes . En el caso sub Litis, como se señaló en la parte de la compulsa de los hechos y las pruebas existen indicios suficientes para inferir el perjuicio que ha sufrido la demanda en las dos etapas antes citadas se colige de estos hechos, la frustración de expectativas de carácter económico y personales del proyecto de vida en común, razones por la cual resulta procedente fijar una indemnización a favor de la demanda al ser la cónyuge perjudicada con la separación de hecho.

En cuanto a las costas y costos del proceso, estos son de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa conforme a lo dispuesto en el artículo 412 del código adjetivo, en ese entendido y habiéndose entendido que la demandada ha sido perjudicada en este divorcio remedio que ha tenido suficiente motivos para controvertir esta demanda y por su naturaleza, exonérese del pago las costas y costos del proceso.

### **Parte resolutive**

Por las consideraciones expuestas el juez del segundo juzgado de familia de Cañete impartiendo justicia a nombre de la nación.

### **Fallo**

Declarando fundada en parte la demanda de rojas 08/13 subsanado a rojas 211 de divorcio por causal de separación de hecho por el periodo ininterrumpido de más de dos años interpuesta por M.P.M en contra de M.N.B.S y el Ministerio público , en consecuencia .

Declaró, disuelto el vínculo matrimonial entre M.P.M y M.N.B.S celebrado con fecha trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos por ante la municipalidad distrital de imperial - provincia de Cañete - departamento de Lima , consecuentemente fenecido el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales así como el cese del derecho de la cónyuge demandada de llevar el apellido del demandado agregado al suyo , la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges.

y el cese de la obligación alimentaria entre los ex cónyuges , sin objeto de emitirse pronunciamiento respecto de alimentos , tenencia ,régimen de visitas, patria potestad, y la suma de cinco mil nuevos soles (5,000,00) como indemnización por daño personal y moral que deberá abonar el demandando M.P.M a favor de la demandada M.N.B.S

**DISPONGO** que consentida y/o ejecutorias que sea está esta sentencia se ofició a los registros civiles de la municipalidad distrital de imperial, provincia de Cañete, al registro Nacional de identificación y Estados civil (RENIEC) y al registro personal de la oficina registrado de la región de Lima para los fines de ley ordenó en caso de que no sea impugnada la presente resolución de eleven los autos en consulta al superior jerárquico .sin condena de costas y costos del proceso .háganse saber .notificándose.

**Corte Superior de Justicia de Cañete Sala Civil**

**Expediente:** N° 00711-2008-0-0801-JR-FC-02

**Demandante:** M.P. M

**Demandada:** M. N. B. S

**Materia:** Familia – Divorcio por Causal de Separación de Hecho

**Sentencia de Vista**

Resolución número tres

Cañete, catorce de noviembre del año dos mil catorce

VISTOS, en audiencia, sin informe oral y, con los acompañados que se devolverán: Exp.N°743-92 sobre prorrato de alimentos, en fojas setenta y cinco; Exp. N° 827-1987 en fojas diecisiete sobre aumento de alimentos; Exp . N ° 743-92 en fojas trece sobre aumento de alimentos, Exp – N° 288-2008 sobre exoneración de alimentos en fojas doscientos uno.

**Materia del grado:**

Vienen los autos con consulta la sentencia no apelada ( resolución número treinta y seis), dictada por el segundo juzgado especializado de familia , que declara fundada en parte la demanda de divorcio por causal de separación de hecho por el periodo ininterrumpido de más de dos años asimismo , declara disuelto el vínculo matrimonial entre M.P.M y M.N.B.S celebrado el trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos ante la municipalidad distrital de imperial -provincia de cañete; declara fenecida la sociedad de gananciales generado con dicho matrimonio ; disponer el cese del derecho de la demandada de llevar el apellido del demandante agregado al suyo ;la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges ; el cese de la obligación alimenticia entre las partes ; sin objeto de emitirse pronunciamiento respecto de alimentos , tenencia, régimen de visita y patria potestad ; y fija la suma de cinco mil nuevos soles como indemnización por daño personal y moral , que deberá abonar el demandante a favor de la demandada , con lo demás que contiene .

**Consulta:**

Conforme lo dispuesto el artículo 359° del código civil y en atención que las partes no impugnaron la sentencia dictada en autos, corresponde a la sala superior reexaminar oficiosamente dicha sentencia, para asegurar su legalidad verificando la observancia de las formalidades esenciales de validez del proceso y de la justicia del sucedido.

**Dictamen fiscal**

El fiscal superior en su dictamen de fojas ciento setenta y ocho opina se apruebe la sentencia consultada por sus propios fundamentos.

**Fundamentos de la sala:****De la pretensión de la demanda.**

Conforme fluye de la demanda de fojas ocho subsanada a fojas veintiuno , el demandante M.P.M solicita que se declare la disolución del vínculo matrimonial habido con la demandada M.B.S con fecha trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos ante la municipalidad distrital de la provincia de cañete; y, sustentando su petición , alega que se separó de sus cónyuge ( la demandada )debido a causas de las cuales guarda reservar , desde el doce de marzo del año mil novecientos ochenta y cinco ; y que durante su matrimonio procrearon a su hijo J.M.P.B , quien a la fecha de la interposición de la demanda contaba con veinticuatro años de edad y es sub oficial de la policía nacional del Perú ; finalmente señala que durante la unión matrimonial la sociedad conyugal no ha adquirido bienes muebles e inmuebles que deba liquidarse .

**Del proceso de divorcio por separación de hecho**

Con la ley N° 27495 se modificó el inciso 12 del artículo 333° del código civil, introduciéndose la separación de hecho como nueva causal de divorcio, siempre que esta se prolongue por cuatro dos cuando los cónyuges no hubiesen procreado hijos y por cuatro años si lo tuviesen.

Como lo han señalado el ministerio público, la separación de hecho es de naturaleza objetiva, pues , se configura cuando se verifica el incumpliendo del deber de cohabitar entre los cónyuges ( elementos objetivo ) ; siempre que esta situación se produzca por

acto deliberado , esto es que la separación no se genere por causas laborales o por razones de salud (elemento subjetivo ) ; y que dicha separación se prolongue por el plazo previsto por ley ( elemento temporal ) .

La separación de hecho se ubica dentro de la teoría del divorcio remedio, esto es busca resolver una situación de hecho tolerada por las partes: de ese modo, puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges sin interesar la causa de la separación ni quien haya tenido responsabilidad en ella, al menos para la obtención del divorcio.

La ley N° 27495 también estableció como requisito especial de la acción de divorcio por la causal en examen (artículo 345 -A ) , que el demandante acredite encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias y que el juez señale una indemnización por daos a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con el divorcio , 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

### **Proceso de conocimiento**

En lo que concierne el decurso procesal , se aprecia que en los autos se han respetado las partes procedimentales del proceso de conocimiento regulado por el artículo 348° al artículo 360° del código procesal civil y las exigencias especiales prevista en su artículo 483° así , se han identificado la causal invocada para el divorcio , la demandada ha contestado oportunamente la demanda a fojas treinta y siete , al igual que el ministerio público a fojas cuarenta y dos ; se ha respetado el derecho a probar las partes , se han fijado los puntos controvertidos conforme fluye a la audiencia de fojas noventa y siete , los medios probatorios admitidos se han actuado en la audiencia de pruebas de fojas cien ; y finalmente , se ha dictado sentencia a fojas ciento cincuenta y ocho , donde el pronuncia sobre todas las pretensiones de la demanda y las que la ley de la materia ordena pronunciarse de oficio .

### **Requisito especial de la demanda**

La demanda al contestar la demanda a fojas treinta y siete , ha sostenido que es falso que estén separados de hecho desde el doce de marzo de mil novecientos ochenta y cinco , siendo lo real que el demandante por motivo de trabajo viajaba y venía con



engaños y lo perdonaba , hasta que el demandante por motivo de trabajo viajaba y venía con engaños y lo perdonaba , hasta que comprobó que aquel realizaba doble vida sentimental con otra persona , con quien tuvo tres hijos y que después de comprobada esta infidelidad se retiró del hogar yéndose a vivir con dicha persona , dejando a la demandada y a su hijo en estado de abandono , de lo cual ha transcurrido aproximadamente trece años señala también que al estar separados tuvo que interponer una demanda de alimentos , en que solo se le abonaba el diez por ciento de su sueldo para cada uno , ella y su hijo , no cubriendo los daños y perjuicios que la ha causado por perjudicar su juventud , ya que fue su esposa desde los veinte años de edad , más aun el demandante tiene propiedades y números de cuenta en diferentes entidades .

Obra como acompañado a los autos , el expediente número doscientos ochenta y ocho – dos mil ocho seguido entre las mismas partes doble exoneración de alimentos ante el segundo juzgado de paz letrado de cañete , la misma que en sus fojas ciento veintiocho contiene la sentencia de fecha quince de setiembre del dos mil diez que dispuso exonerar al demandante de la pensión de alimentos que percibida la demandada y su hijo , la misma que fuese confirmada por el superior en grado conforme se tiene de la sentencia de vista que obra en autos a fojas ciento ochenta y cinco , de ese modo , habiéndose zanjado en otro proceso el debate alimentario , carece de objeto emitir pronunciamiento de fondo al respecto .

### **De la revisión de fondo**

#### **Del Elemento Objetivo y Temporal**

Conforme fluye del Acta de Matrimonio de fojas dieciocho, las partes celebraron matrimonio el trece de mayo del año mil novecientos ochenta y dos; por otro lado, de acuerdo a lo expresado en la demanda de autos y en la contestación de la demanda, se acredita que el demandante hizo abandono del hogar, esto por versión de la demanda haciendo transcurrido aproximadamente trece años de tal hecho, por lo que tuvo que interponer demanda de alimentos, versión que en el audiencia de pruebas, declaro quien fue el demándate quien se retiró del hogar por motivos que tenía otra relación con la otra mujer en el año desde el año dos mil ocho siendo así se acredita con el divorcio tienen de cuatros años sin hacer vida en común.

### **El Ánimo de No Hacer Vida en Común**

Como se ha señalado anteriormente, el actor de su demanda refiere que el motivo de su retiro del hogar fue por razones personales, y de la demandada que se fue a vivir con su otro compromiso dejándolo a su hijo y cónyuge en estado de abandono, habiendo transcurrido trece años de tal suceso, todo lo cual evidencia que la separación de hecho de los cónyuges responde al ánimo del ahora demandante de no hacer vida en común.

### **Sociedad de Ganancias**

Respecto a ello, debemos señalar que conforme lo prescribe el artículo 318° inciso 3) del Código Civil, el divorcio constituye una causa de extinción de la sociedad de gananciales formada en el matrimonio, cabe agregar que, en el caso de autos, los cónyuges en divorcio no mencionan haber adquirido bienes que sean susceptibles de división y partición.

### **Indemnización**

#### **A Favor del Cónyuge más Perjudicado.**

Conforme al Tercer Pleno Casorio Civil sobre Divorcio por Separación de Hecho, que constituye precedente vinculantes y de observancia obligatoria; la indemnización regulada por el artículo 345° A constituye una indemnización de naturaleza legal porque se impone por mandato legal y tiene el propósito de corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la separación de hecho o del divorcio en su caso y que no siendo de naturaleza resarcitoria no le es aplicable la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil regulados en el artículo 1985° del Código Civil (daño, acto ilícito, relación de causalidad y factor de atribución) sino solo la relación de causalidad entre el perjuicio y la separación de hecho o la disolución del vínculo matrimonial.

Es menester señalar, que el perjuicio económico o el daño personal (incluido el daño moral) que alude la norma se refiere no solo al que resulte del divorcio sino también como consecuencia de la separación de hecho, en ese sentido, fundamento 34 afirma que, "el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a la separación, pasando a

examinar aspectos subjetivos inculpatorias, únicamente con la finalidad de determinar a la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir" por otro lado, el cuarto ítem de su establecimiento algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación

Emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hechos de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge juro que demandar judicialmente el pago de las pensiones alimenticias; d) si va quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio. Entre otras circunstancias relevantes.

De lo antes señalado podemos afirmar, que si bien la separación de hecho es de naturaleza objetiva, sin embargo, la determinación de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado si administre una valoración subjetiva.

En el caso de autos, conforme se advierte de la demanda y de su contestación, así como de la demanda de exoneración de alimentos acompañado, cuando el demandante se retiró del hogar conyugal, dejó a su menor hijo en poder de la demandada, y antes su necesidad económica, esta última tuvo que demandar judicialmente al ahora demandante por alimentos para que acuda con su pensión alimenticia tanto a favor suyo como de su hijo, en el camino que no presta en la actualidad al declararse la exoneración de alimentos.

Siendo la demandada el cónyuge más perjudicado con la separación le existe el derecho a ser indemnizada, y al respeto, tenemos que el a que ha dispuesto la suma de cinco mil nuevos soles; que no ha sido objeto de apelación por las partes y que a criterios de Colegiado que absuelve la consulta considera prudencial.

### **Alimentos y Derechos Hereditarias de los Cónyuges**

El artículo 350° del Código Civil, "por el divorcio sea la obligación alimenticia entre marido y mujer; salvo que el cónyuge ofendido caneciére de bienes propios a de gerenciales sufrientes o estuviere imposibilitado de trabajar o se subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignara una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel; en el caso de autos, la sentencia en consulta declaro

sin objeto emitirse pronunciamiento al respecto al existir una sentencia de exoneración de alimentos antes citada.

**Por las consideraciones expuestas, se RESUELVE:**

APROBAR la Sentencia contenida en la Resolución número treinta y seis, de fecha quince de mayo del dos mil catorce obrante en fojas cientos a cientos resentirte, venido en grado de consulta del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Cañete, que declara fundada en parte la demanda de Divorcio por causal de separación de hecho por el periodo ininterrumpido de más de dos años; asimismo, declara disuelto el vínculo matrimonial entre M. P. M y M. N .B. S, celebrado el trece de mayo de mil novecientos ochenteros ante la Municipalidad Distrital de matrimonio; dispone el cese del derecho de la demandada de llevar el apellido del demandante agregado al suyo; la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges; el cese de la obligación alimenticia entre las partes; sin objeto de emitirse pronunciamiento respecto de alimentos, tenencia, régimen de visita y patria potestad y fija la suma de cinco mil nuevos soles como indemnización por daño personal y moral que deberá abonar el demandante a favor de la demandad; con los demás que contiene.

Notifíquese a las partes sin han señalado domicilio procesal dentro del radio urbano y devuélvase al juzgado de origen Juez superior ponente J.C.Q.