



**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 CAUSAL
SEPARACIÓN DE HECHO, EN EL EXPEDIENTE N°
00647-2008-0-2001-JR-FC-02. DEL DISTRITO JUDICIAL
DEL PIURA- PIURA. 2017**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

MANUEL JOSE RENATO RAMIREZ LARCO

ASESOR

Mgtr. ELVIS MARLON GUIDINO VALDERRAMA

PIURA – PERÚ

2017

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Mgtr. Carlos Cesar Cueva Alcántara

PRESIDENTE

Mgtr. María Violeta De Lama Villaseca.

MIEMBRO

Mgtr. Rafael Humberto Bayona Sánchez.

MIEMBRO

AGRADECIMIENTO

Por promover la investigación entre los estudiantes de pre y post grado de la carrera de Derecho, así como por las asesorías constantes a través de sus investigadores.

Manuel José Renato Ramírez Larco

DEDICATORIA

A Dios por prestarme la vida y permitirme ser un buen elemento social. A mis queridos padres, por su apoyo incondicional, porque gracias a sus consejos y sus buenos deseos, he podido seguir adelante con mis objetivos.

Manuel José Renato Ramírez Larco

RESUMEN

En la presente investigación el objetivo ha sido analizar y 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° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02, del Distrito Judicial de Piura – Piura, 2017. Es un estudio de tipo cuantitativo; nivel exploratorio descriptivo; diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La fuente de recolección de datos, es un expediente judicial que contiene un proceso concluido, seleccionado según el muestreo no probabilístico de la técnica por conveniencia; el objeto de estudio son las sentencias de primera y segunda instancia; y la variable en estudio, es la calidad de las sentencias. La extracción de los datos se realiza, articulando los datos y la revisión permanente de la literatura, utilizando las técnicas de la observación y el análisis de contenido. Los resultados están organizados en tablas, donde se observa la evidencia empírica extraída de las sentencias en estudio a partir del cual se ha realizado una aproximación para establecer su calidad; en relación a la sentencia de primera instancia se puede decir que es muy alta calidad y en cuanto a la sentencia de segunda instancia de median calidad.

PALABRAS CLAVE. Calidad. Competencia. Divorcio. Motivación. Sentencia.

ABSTRACT

In this study the objective was to analyze and determine the quality of judgments of first and second instance of divorce on the grounds of separation in fact, according to the policy parameters, doctrine and case law, in file No. 00647-2008 - 0-2001-JR-FC-02, the Judicial District of Piura - Piura, 2017. It is a quantitative study, the exploratory descriptive non-experimental, retrospective and cross. The source of data collection, is a case file containing a complete process, selected by non-probability sampling technique for convenience, the object of study are the sentences of first and second instance, and the study variable is the quality of judgments. The data extraction is performed, linking data and ongoing review of the literature, using the techniques of observation and content analysis. The results are organized in tables, showing empirical evidence drawn from the study sentences from which it has made an approach to establish its quality, in relation to the judgment of first instance you can say that is very high quality and in terms of the judgment on appeal of median quality.

KEYWORDS. Competition, Divorce. Motivation. Quality. Sentence.

INDICE

	Pág.
Carátula.....	i
Hoja del Jurado y del asesor	ii
Agradecimiento.....	iii
Dedicatoria.....	iv
Resumen.....	v
Abstrac	vi
Índice General.....	vii
Índice de tablas	xi
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Caracterización del problema	1
1.2. Enunciado del problema	3
1.3. Objetivos de la investigación	3
1.4. Justificación de la investigación	4
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA	6
2.1. Antecedentes	6
2.2. Bases Teóricas	11
2.2.1. Definición de acción	11
2.2.1.1. Aceptaciones de la acción	12
2.2.1.2. Características de la acción	12
2.2.1.3. Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción.	13
2.2.2. La jurisdicción.	13
2.2.2.1. Definición de jurisdicción.....	13
2.2.3. La competencia	14
2.2.3.1. Definición de competencia	14
2.2.3.2. Criterios para determinar la competencia	20
2.2.3.2.1. Competencia por razón de la materia	20

2.2.3.2.2. Competencia por razón de la cuantía	21
2.2.3.2.3. Competencia por razón del territorio	22
2.2.3.3. La competencia en materia civil	22
2.2.4. El proceso	23
2.2.4.1. Definición de proceso	23
2.2.4.2. Funciones y objeto del proceso.....	23
2.2.4.3. El proceso como garantía constitucional	23
2.2.4.4. Teoría del proceso como situación jurídica	24
2.2.4.5. Teoría del proceso como entidad jurídica compleja	24
2.2.4.6. El proceso civil	24
2.2.4.5. Principios relacionados con el proceso civil.....	27
2.2.5. La prueba	31
2.2.5.1.- La prueba en sentido común.....	31
2.2.5.2. Principios procesales aplicables a la prueba	32
2.2.5.3. Principios procesales aplicables a los medios probatorios	33
2.2.5.4. Definición de prueba para el Juez.....	36
2.2.5.5. Teorías de la finalidad de la prueba	36
2.2.5.6. Legalidad de los medios probatorios	38
2.2.5.7. Medios probatorios típicos.....	38
2.2.5.8. Medios probatorios atípicos.....	38
.....	
2.2.5.9. El objeto de la prueba	39
2.2.5.10. Valoración y apreciación de la prueba	40
2.2.6. Los principios constitucionales relacionados al proceso	40
2.2.6.1. Generalidades de la cosa juzgada	40
2.2.6.2. Teorías modernas de la cosa juzgada	41
2.2.6.3. Alcances de la cosa juzgada.....	42
2.2.7. El Derecho de defensa	43
2.2.7.1. Generalidades del derecho de defensa	43
2.2.7.2. Principio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	45
2.2.8. El debido proceso formal.....	45
2.2.8.1. Generalidades del debido proceso	45

2.2.8.2. Definición del debido proceso	46
2.2.8.3. Teorías del debido proceso formal	47
2.2.8.4. Elementos del debido proceso	48
2.2.9. El principio de congruencia procesal.....	49
2.2.9.1. Generalidades del principio de congruencia procesal.....	49
2.2.9.2. Definición de congruencia procesal.....	49
2.2.10. El principio de la motivación de las resoluciones judiciales.	50
2.2.10.1.1. Definición de motivación.....	50
2.2.10.2. El deber constitucional de motivar	51
2.2.10.3. Funciones de la motivación	52
2.2.10.4. La fundamentación de la motivación en los hechos	53
2.2.10.5. La fundamentación de la motivación en derecho	53
2.2.10.6. Requisitos para una adecuada motivación de las resoluciones judiciales.....	55
.....	
2.2.10.7. La motivación como justificación interna y externa.....	57
2.2.11. La sentencia.	58
2.2.11.1. Generalidades de la sentencia	58
2.2.11.2. Definición de sentencia.....	58
2.2.11.3. Estructura de la sentencia.....	59
2.2.11.4. Fundamentación judicial de las sentencias	60
2.2.12. El recurso de apelación	61
2.2.12.1. Fundamentación del agravio en el recurso de apelación	63
2.2.12.2. Admisibilidad e improcedencia del recurso de apelación	63
2.2.12.3. Efectos en que se concede el recurso de apelación.....	64
2.2.13. El Matrimonio.....	65
2.3.13.1. Naturaleza Jurídica	65
2.3.13.2. Cumplimiento De Formalidades	66
2.2.14.El Divorcio.....	67
2.2.14.1. Naturaleza jurídica	68
2.2.14.3. Causales de divorcio	68
2.2.14.3. Separación de hecho como causal de divorcio	69
2.2.14.4. El rol del Ministerio Público en el proceso de divorcio por causal	72

2.2.14.5. La consulta en el proceso de divorcio por causal	72
2.2.14.6. Invocación por causal propia	73
2.2.14.7. Fenecimiento de la sociedad de gananciales.....	73
2.2.14.8. Régimen de la patria potestad y de los alimentos	74
2.2.14.9. Indemnización en caso de perjuicio	75
2.3. Marco Conceptual.....	77
.....	
III. METODOLOGÍA	79
3.1. Tipo y nivel de la investigación	79
3.2. Diseño de investigación	79
3.3. Objeto de estudio	80
3.4. Fuente de recolección de datos	80
3.5. Procedimiento de recolección y plan de análisis de datos	80
3.6. Consideraciones éticas	81
3.7. Rigor científico	81
IV. RESULTADOS	82
4.1. Resultados	82
4.2. Análisis de resultados	94
V. CONCLUSIONES	98
Referencias bibliográficas.....	99
Anexos	104

**ÍNDICE DE
CUADROS**

Pág.

Resultados parciales de la sentencia de primera instancia	82
Tabla N° 1. Calidad de la parte expositiva	82
Tabla N° 2. Calidad de la parte considerativa.....	84
Tabla N° 3: Calidad de la parte resolutive	87
Resultados parciales de la sentencia de segunda instancia	88
Tabla N° 4: Calidad de la parte expositiva	88
Tabla N° 5: Calidad de la parte considerativa	90
Tabla N° 6. Calidad de la parte resolutive	93

I.

INTRODUCCION

1.1 Caracterización del problema.

De acuerdo al orden jurídico, la administración de justicia en el Perú, le corresponde al Poder Judicial que por intermedio de los órganos jurisdiccionales resuelven, mediante sentencias los asuntos que son de su competencia.

Por su parte en la actualidad tenemos hoy en día una serie de matrimonios en los cuales los jóvenes se casan a temprana edad, por distintas causas u motivos, entre los cuales tenemos a los siguientes casos más frecuentes , por decisión propia, por la fuerza y exigencia q los padres obligan en algunos casos a comprometer a sus hijos con quien mejor les parece, también encontramos el caso de la madre encontrándose gestando, en fin existen muchos motivos por los cuales los jóvenes se casan a temprana edad y eso conlleva en relación al tema a tratar el cual es divorcio por causal. El abordaje del fenómeno –Administración de Justicia, es una actividad presente en todos los Estados del Planeta, que exige ser contextualizada para su comprensión y conocimiento.

Por su parte, en América Latina, se reconoce la importancia que la Administración de Justicia ha tenido en el proceso de democratización. Asimismo, en cuanto a sus características desde la década del 80, y hasta la fecha en algunos países, presenta un perfil común de problemas de naturaleza normativa, social, económica y política. En lo normativo, la legislación latinoamericana tiende a copiar modelos foráneos, con escasa o nula referencia de sus propias realidades sociales y económicas donde se aplica; existe ausencia de coordinación entre las instituciones que la emiten, generando normas contradictorias; porque el Poder Legislativo no es el único organismo con potestad para legislar.

En materia de derechos humanos, si bien, ha habido mejoras considerables; sin embargo el proceso de transición de la democratización no ha conseguido su total respeto, todavía siguen violándose derechos humanos en diversos países.

En cuanto al Principio de Independencia Judicial, aún está en tela de juicio, existe injerencia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial, presiones de diversos tipos y amenazas sobre las autoridades judiciales, en casi todos los países del sector.

En cuestiones de accesibilidad al sistema de justicia, aún hay ciudadanos que no conocen la legislación vigente en su país, ni el significado de los procedimientos legales interpuestos en su contra, lo que es muy notorio en asuntos penales; debido a la inexistencia de información sistemática y permanente; falta de sencillez y claridad de la legislación; hay elevado porcentaje de población analfabeta, o no hablan español o portugués; en algunos países, el número de jueces no es suficiente para la población; la localización geográfica de las oficinas de las instituciones que conforman el sistema, como la policía, el ministerio público, y los órganos jurisdiccionales, dificulta el acceso de gran parte de la población, sobre todo en zonas rurales donde la ubicación de las viviendas es dispersa y los caminos intransitables en épocas de lluvias, como es el caso de Perú.

En nuestro país, la Administración de Justicia de la cual el órgano jurisdiccional que la pone en movimiento es el Poder Judicial, es una de las instituciones más rechazadas o que presenta mayor resistencia por parte de la sociedad con respecto a su funcionamiento, quizá sea por los continuos actos de corrupción que se presentan, o tal vez por la poca preparación de sus magistrados o personal jurisdiccional, hecho que debe llevarnos a pensar en una profunda reorganización de manera planificada y con criterio técnico a fin de lograr un verdadero cambio no solamente conductual sino de manera de pensar.

Hoy en día, son escasos los casos en los cuales se conserva el matrimonio, siempre hay sus excepciones en que hay matrimonio que han formado una familia constituida, que son un ejemplo. Pero por tomar el caso que tenemos a continuación el cual en el hogar se genera entredichos y mentiras que conllevan a la desunión familiar y se genera un conflicto.

Por nuestra parte, al observar el proceso judicial contenido en el expediente

N°00647-2008-0-2001, sobre: Divorcio por causal de separación de hecho , primera sala civil permanente de la corte Superior, observamos que este órgano jurisdiccional declaró: fundada la demanda; la revocó y declaró: en el extremo de la indemnización por daños por la suma de dos mil nuevos soles reformándola declarándola infundada. Por nuestra parte, tomando en cuenta el contexto descrito y el expediente judicial asignado, se ha formulado el siguiente enunciado:

1.2 Enunciado del problema:

¿Cuál es la calidad de las sentencias de Divorcio por la causal de Separación de hecho, emitidas en primera y segunda instancia en el expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02, según los parámetros normativos, jurisprudenciales y doctrinarios pertinentes, del Distrito Judicial de Piura - Piura, 2017?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general:

Determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre divorcio por la causal de separación de hecho, emitidas en primera y segunda instancia en el Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02, según los parámetros normativos, jurisprudenciales y doctrinarios pertinentes, del Distrito Judicial de Piura - Piura, 2017.

1.3.2. Objetivos específicos.

En relación a la sentencia de primera instancia

1.3.2.1. Determinar la calidad de la sentencia de primera instancia en su parte expositiva enfatizando la introducción y la postura de las partes.

1.3.2.2. Determinar la calidad de la sentencia de primera instancia en su parte considerativa enfatizando la motivación de los hechos y el derecho aplicado.

1.3.2.3. Determinar la calidad de la sentencia de primera instancia en su parte resolutive, enfatizando la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.

En relación a la sentencia de primera instancia

1.3.2.4. Determinar la calidad de la sentencia de segunda instancia en su parte expositiva enfatizando la introducción y la postura de las partes.

1.3.2.5. Analizar e identificar la calidad de la sentencia de segunda instancia en su parte considerativa enfatizando la motivación de los hechos y el derecho aplicado.

1.3.2.6. Determinarla calidad de la sentencia de segunda instancia en su parte resolutive, enfatizando la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.

1.4 Justificación de la investigación.

Esta propuesta de investigación se justifica, porque parte de la observación profunda aplicada en la realidad nacional y local en el cual se evidencia que la sociedad reclama –justicial, expresión que se puede traducir en una solicitud de intervención inmediata de parte de las autoridades frente a hechos que día a día trastocan el orden jurídico y social, generando zozobra y desaliento no sólo en las víctimas de actos, que cada vez adoptan diversas e impensadas modalidades, sino también en la sociedad en su conjunto, generando probablemente una corriente de opinión no necesariamente favorable en relación al tema de la confianza en el manejo de la administración de justicia.

Su valor metodológico se evidencia en el procedimiento que se aplicará para analizar las sentencias en el desarrollo de los sub proyectos dentro de las asignaturas de tesis y responder a la pregunta de investigación.

La formulación de la presente Línea de Investigación tiene respaldo en la norma constitucional prevista en el inciso 20 del artículo 139 de La Constitución Política del Estado que establece: toda persona puede formular análisis y críticas a las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley. Conlleva a que nosotros como ciudadanos tenemos el derecho a formular críticas a las resoluciones y sentencias judiciales, respetando las leyes.

Asimismo, la investigación es de interés para los responsables de la función jurisdiccional y los usuarios de la administración de justicia, sirve para motivar a las autoridades, profesionales y estudiantes de la carrera de derecho.

II

REVISIÓN DE LA LITERATURA

Hasta el momento en que se elabora el presente trabajo no se han encontrado estudios exactos al que refiere el presente, sin embargo se han encontrado investigaciones cuyos temas investigados guardan relación la variable en estudio, por este motivos se pasan a citar.

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. Es de destacarse que la actual Constitución de la República al crear la Corte Constitucional en el Art. 429 que le da la categoría de –el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia ...|| y el Art. 436 le concede facultades inherentes a conocer en máxima instancia todo lo relacionado con resoluciones dictadas por la Corte Nacional y que afecte al debido proceso. La creación de la Corte Constitucional es de avanzada, en un estado democrático de derecho, pero debería limitarse el campo de acción porque de lo contrario se convertiría en un hacinamiento de causas||. *Asimismo, en relación con los fallos dictados por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia*, refiere: a) Se observa que dan cumplimiento al precepto constitucional establecido en el Art. 24, numeral 13 de la anterior Carta Política, es decir, que se enuncian las normas y principios jurídicos en que fundamentan sus resoluciones, así como los argumentos de hecho en los que se sustentan los referidos fallos. b) –...por otro lados, las

resoluciones de la referencia son expedidos en un lenguaje claro, sencillo y coherente, lo que permite su fácil entendimiento por cualquiera de los ciudadanos que lean tales sentencias. c) También se debe señalar que los casos materia de estudio, se afianzan en principios doctrinarios y jurisprudenciales, es decir, que se expresan las normas de derecho y los argumentos de hecho que conducen al juzgador a dictar una determinada resolución. d) Se cumple con los principios del debido proceso, es decir, que observan los preceptos constitucionales que garantizan los derechos ciudadanos en un estado democrático de derecho, haciendo efectivo el respeto de los derechos humanos. *En relación con los fallos dictados por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Señala:* Que el fallo No. 1184-99 (*motivo de análisis*), no está motivado y como consecuencia de ello es una sentencia simplista, es decir, que no utiliza ni argumentos de hecho peor aún de derecho sino que se refiere de manera general al recurso de casación, y lo que es más se utiliza un lenguaje que no es concreto ni claro. En tanto que en los fallos Nos. 245-2004 y 20-2005, (*igualmente, motivo de análisis*) de alguna manera se cumple con lo que contemplaba el Art. 24 numeral 13 de la anterior Carta Política, esto es, que se enuncian las normas de derecho, se hace relación de manera sucinta a la prueba, así como se detallan los hechos motivo de la casación. Finalmente, *en cuanto corresponde a los fallos dictados por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia*, en base al análisis de los tres fallos agregados con los Nos. 70-2006, 273-2003, 248-2002, en su contexto general cumplen con la norma legal y constitucional, esto es, que consignan los argumentos de hecho relacionándolos de manera objetiva con los fundamentos de derecho, además de consignar en el caso del juicio No. 70-2006 criterios jurisprudenciales como los que constan de los fallos dictados por la Segunda Sala Civil y Mercantil y que se encuentran publicados en el R. O. No. 562 del 24 de abril del 2002 y la resolución de la misma Sala publicada en el R.O. No. 743 del 13 de enero del 2003, relativos con los procesos seguidos por Miguel Mocha contra María Yauripoma y Jorge Brito contra Bunny Troncoso, respectivamente. De lo dicho, infiere que esta Sala al igual que la primera Sala de alguna manera cumplen con esta exigencia legal del respeto a las garantías constitucionales.

Romo, J. (2008), en España, investigó “*La ejecución de sentencias en el proceso civil como derecho a la tutela judicial efectiva*”, y las conclusiones que formula son:

a) Una sentencia, para que se considere ... cumple con el respeto o colma las exigencias de la tutela judicial efectiva, debe cumplir al menos tres características básicas: i) Que la sentencia resuelva sobre el fondo; ii) Que la sentencia resuelva sobre el fondo; iii) Que la sentencia sea congruente; y, iv) Estar fundada en derecho. v) Ha de resolver sobre el fondo, salvo cuando no se den los presupuestos o requisitos procesales para ello. b) La inmodificabilidad de la sentencia no es un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar la efectividad de la tutela judicial: la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. c) La omisión, pasividad o defectuoso entendimiento de la sentencia, son actitudes judiciales que perjudican a la ejecución de sentencia, y por ende violan el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas. d) Nadie se halla obligado a soportar injustificadamente la defectuosa administración de justicia. Por lo mismo, la Ley protege el derecho a la tutela judicial efectiva, no solo con la declaración y reconocimiento del derecho, sino con el pago en dinero que resarza la violación del derecho fundamental, a través de la entrega de una indemnización. De otra forma, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico, ni efectividad alguna. e) Sabiendo que el derecho a la tutela judicial implica no sólo el derecho de acceder a los tribunales de Justicia y a obtener una resolución fundada en derecho, sino también el derecho a que el fallo judicial se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, entendemos que esa compensación atribuible como insuficiente, por no guardar identidad objetiva en el cumplimiento –al resolverse la inejecución-, suple de manera significativa, al derecho originalmente reclamado f) Existe directa relación entre el derecho a la reparación de la violación a la tutela judicial efectiva –nacido a raíz de la inejecución de sentencia-, y la naturaleza de la obligación a efectos de decidir la correlativa indemnización sustitutoria. g) La decisión de inejecución se refiere a la que por derecho corresponde a una imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos; mas no a un incumplimiento. El incumplimiento de la sentencia, involucra una violación del derecho a la tutela

judicial efectiva, y otro muy distinto es el entendimiento que derivado de la inejecución, lo asuman las partes h) La decisión de no ejecutar la sentencia debe estar fundada en una norma legal, la norma debe ser interpretada en el sentido más favorable a la ejecución; la inejecución o la no resolución debe basarse en una resolución motivada, la decisión de inejecución además debe ser tomada por autoridad competente. i) El cumplimiento por equivalente procede al ser imposible la ejecución de la sentencia en sus propios términos. Para ello, el no mantener una igualdad entre lo resuelto en sentencia y lo dispuesto en la ejecución, siempre deberá seguir al menos, dos características principales: - Deberá verificarse si responde a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos; y, - Deberá verificarse si guarda una debida proporcionalidad con dichas finalidades. j) La aplicación de los instrumentos internacionales favorecen que el derecho a la tutela judicial efectiva que ha sido violado a través del incumplimiento de la sentencia, no subsista.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Definición de acción

Según el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ossorio Manuel (2003), define a la acción, como derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio, y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe.

Según Montero Aroca (1979), la acción es el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para interponer pretensiones o para oponerse a ellas.

La acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. Ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por propia mano y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional. (Alsina, 1956)

D'Onofrio (1945) en relación a la acción, expresa: -Nosotros creemos que la acción no es otra cosa que el derecho de provocar del Juez, una resolución, con eficacia

vinculativa, respecto a una determinada relación jurídica. Dada esta definición, resulta completamente indiferente tanto la efectiva correspondencia entre la relación supuesta y la realidad jurídica (es decir, que quien ejercita la acción tenga o no razón), como la condición psicológica de la parte con relación a ella (esto es, que el litigante se de buena o mala fe).

2.2.1.1. Acepciones de la acción

Según, Castillo M., y Sánchez, E., (2010), la acción presenta 03 acepciones significativas, las cuales son:

a) Como sinónimo de derecho; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice: –el actor carece de acción, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

b) Como sinónimo de pretensión; es éste el sentido más usual del vocablo, en la doctrina y la legislación (...), se habla entonces, de acción fundada y acción infundada, de acción real y acción personal, de acción civil y acción penal. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo: demanda fundada e infundada, demanda de un derecho real o personal, etc.

c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene toda persona como tal, y en nombre del cuál le es posible acudir ante los Jueces en demanda de amparo a su pretensión.

2.2.1.2. Características de la acción

En cuanto a las características de la acción, Oderigo (1989), afirma que son las siguientes:

a) Publicismo: El acceso a la función actora no se permite como consecuencia del derecho material con que cuente el actor, incierto hasta el momento de la sentencia, sino por la atención que merecen los reclamos de quienes tengan razón, para evitar

que éstos puedan quedar insatisfechos; y esto significa función pública, en el más estricto de los sentidos.

b) Unidad: La idea de unidad persiste en la especie acción civil, porque deriva de la concepción de una acción procesal autónoma con relación al derecho material cuya realización se pretenda. Aparece la acción civil como un manto único, bajo el cuál se agitan las pretensiones civiles diversas, imponiéndole formas cambiantes, pero sin hacerle perder su carácter esencial de reclamo dirigido contra el Estado.

c) Revocabilidad: El actor puede apartarse del proceso en cualquier momento, revocando así su primitivo designio, sin que el Juez ni nadie pueda suplirlo en lo que a impulso procesal se refiere.

d) Transferibilidad: En principio, los derechos civiles son transmisibles, por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad (...). Y en consecuencia, nuestra disciplina instrumental debe permitir el acceso a la función actora al titular ocasional, a quien pueda tener interés en la realización del derecho de que se trate en el momento de presentarse ante el Juez

2.2.1.3. Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción.

Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción, fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado. Así lo determina el artículo 4º del Código Procesal Civil (Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo, E., 2010).

2.2.2. La jurisdicción.

2.2.2.1. Definición de jurisdicción

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ossorio Manuel (2003), define a la jurisdicción, como la acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es pues, la función específica de los Jueces. También, la extensión y

límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón del territorio, si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido.

En los Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil: señala que en la doctrina existe una frondosa gama de definiciones aportadas por los tratadistas, a veces para definirla se ha tenido en cuenta la naturaleza del órgano que la despliega y se ha dicho que la jurisdicción es la actividad que desarrolla el poder jurisdiccional. Otras veces se ha tenido en cuenta la naturaleza del acto y se ha dicho que el acto jurisdiccional es el que constata la situación jurídica o los hechos (Ticona, 1996)

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.

La Jurisdicción es el deber que tiene el estado, mediante los jueces, para administrar justicia. Es que la jurisdicción debe concebirse como una función que ejerce el juez, como integrante de un órgano judicial al resolver los conflictos que se le someten a su decisión. El estado ejerce esa función cuando se presentan determinados presupuestos. (Carrión, 2007)

2.2.3. La competencia

2.2.3.1. Definición de competencia

Pallares (1979) afirma que subjetivamente la competencia es un poder – deber atribuido a determinadas autoridades para conocer de ciertos juicios, tramitarlos y resolverlos. Objetivamente, la competencia es el conjunto de normas que determinan, tanto el poder - deber que se atribuye a los tribunales en la forma dicha, como conjunto de Jueces o negocios de que puede conocer un Juez o tribunal competente.

Lo anterior sirve de base para comprender la siguiente definición la competencia es la porción de jurisdicción que la ley atribuye a los órganos jurisdiccionales para conocer de determinados juicios. (Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo, E., 2010)

La competencia.

Es una calidad inherente al órgano jurisdiccional, y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción. Es decir, no basta que un órgano jurisdiccional sea tal para que pueda actuar en cualquier proceso válidamente, es necesario que cumpla con cierto número de requisitos, los que suelen denominarse elementos de la competencia. Estos son cinco: la cuantía, la materia, el turno, el grado y el territorio.

Los dos primeros corresponde a la naturaleza misma de la pretensión intentada, por eso suele denominárseles criterios de la competencia objetiva. El turno y el grado son elementos de la competencia ligados a la organización interna del servicio de justicia, por eso se les denomina en conjunto competencia funcional. Finalmente, el territorio está referido al ámbito geográfico respecto del cual cada órgano jurisdiccional puede actuar válidamente.

Casarino Viterbo (1982) sostiene:

a) La jurisdicción es la facultad que tiene los tribunales para administrar justicia, en cambio, la competencia es la facultad que tiene cada tribunal determinado para conocer de los negocios que le son propios.

b) La jurisdicción es un concepto genérico; de allí que sea de la esencia de todo tribunal tener jurisdicción; en cambio, la competencia es un concepto específico, de su propia naturaleza, y es por eso que un tribunal puede no tener competencia para conocer de un determinado asunto y no por ello deja de ser tal

c) La jurisdicción es el todo, en cambio la competencia es la parte, y por tal razón también se puede definirla diciendo que es la cantidad, grado o medida de la jurisdicción que a cada tribunal corresponde, y

d) La jurisdicción señala la esfera de acción del Poder Judicial frente a los demás Poderes del Estado; en tanto, la competencia señala la esfera de acción de los diversos tribunales entre sí. (Casarino Viterbo, 1982, Tomo I: pp. 237-238)¶

(Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo E., 2010, p. 62).

Las características de la competencia son las siguientes:

Es de orden público.

La competencia es un instituto de orden público en la medida que los criterios para asignarla se sustentan en razones de interés general . Nosotros consideramos que la competencia es de orden público por dos razones adicionales: (i) supone el desarrollo o actuación de un derecho fundamental (juez natural), y, (ii) sus reglas determinan el ámbito dentro del cual se ejerce una potestad asignada constitucionalmente a un órgano del Estado.

Legalidad.

Las reglas de la competencia se fijan y determinan por ley . Esto no es sino una expresión más del derecho al Juez natural, pues, como ha sido expresado anteriormente, uno de los elementos que conforman el contenido de este derecho fundamental es que el Juez que conozca un caso debe ser el predeterminado por la ley, “con el fin de asegurar su plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional ”. Este principio se encuentra establecido en el artículo 6 del Código Procesal Civil .

La legalidad tiene, sin embargo, una excepción: la competencia por razón del turno, en la medida que dicho criterio tiene que ver con la distribución interna del trabajo de los tribunales, razón por la cual deberá ser el propio Poder Judicial el que establezca este tipo de competencia .

Improrrogabilidad.

Como hemos expresado anteriormente, la competencia es de orden público; ello trae como consecuencia el hecho que las normas que la determinan sean imperativas. Siendo ello así, las reglas que establecen y modifican la competencia se encuentran sustraídas de la voluntad de las partes debiéndose éstas atenerse a la competencia previamente determinada en la ley.

La improrrogabilidad rige para todos los criterios de determinación de la competencia, salvo para el criterio territorial. En efecto, el principio conforme al cual las partes no pueden modificar las reglas de competencia establecidas por la ley no se aplica en el caso de la competencia territorial, pues las partes sí pueden modificar las reglas de competencia territorial prevista por la ley, salvo algunas reglas de competencia territorial que, por disposición de la propia ley, no pueden ser modificadas. Es decir, si bien es cierto que, por regla general, la competencia no es prorrogable, en materia territorio sí lo es, salvo en aquellos casos en los que la ley disponga expresamente que la competencia territorial no sea prorrogable.

En materia territorial, la prórroga de la competencia puede ser expresa o tácita. Sin perjuicio de lo que más adelante expondremos, es importante señalar que la prórroga expresa es el acuerdo manifiesto de las partes a través del cual deciden someterse a un Juez distinto al previsto legalmente. Por su parte, la prórroga tácita se produce, para el demandante, cuando éste decide proponer su demanda ante un Juez distinto al previsto en la ley; mientras que, para el demandado, cuando comparece al proceso sin hacer reserva de ello o cuando deja transcurrir el plazo que tenía para cuestionar la competencia, sin hacerlo.

Indelegabilidad.

Esta característica de la competencia es también una manifestación del carácter de orden público que tiene el instituto de la competencia. En efecto, en la medida que la competencia es de orden público, tiene que ser ejercida por el órgano al cual se le atribuye, no pudiendo ser delegada por su titular a otro distinto. Este principio ha sido expresamente recogido en nuestro Código Procesal Civil.

Ahora bien, ello no quita que, en algunos casos, un juez pueda comisionar la realización de algunos actos procesales a otro. Este fenómeno se conoce como el instituto de la comisión y no supone una delegación de competencia, sino sólo el encargo que recibe un juez de otro para realizar algunos actos procesales que, por razones fundamentalmente de orden práctico, el juez que comisiona no puede realizar. La comisión no es por ello una obligación del Juez, sino una facultad y así ha sido expresamente regulado en nuestro Código Procesal Civil.

Así, por ejemplo, una diligencia a realizarse en una localidad distinta en la que se encuentra el Juez que conoce el proceso puede ser comisionada a otro Juez debido a que si el primero se traslada al lugar donde debe realizarse la diligencia desatenderá sus deberes en los demás procesos. Debe tenerse en cuenta que la razón de la comisión no radica en el hecho que el Juez que conoce el proceso no es competente para realizar actos procesales derivados del proceso que conoce (y respecto del cual sí es competente) en otro distrito judicial, sino en una cuestión meramente práctica. Por ello, el instituto de la comisión no tiene que ver en realidad con un problema de competencia, sino con la colaboración y facilitación del ejercicio de la función jurisdiccional.

Otro ejemplo de comisión es la notificación por exhorto. De esta manera, cuando un juez remite un exhorto para que otro juez sea el que notifique, lo hace no porque no sea competente para notificar en otro distrito judicial, sino porque al no tener los instrumentos para hacerlo, solicita a otro juez de igual grado que lo diligencie; sirviendo ello, repetimos, como un mero instituto de colaboración judicial. Por ello, es válida la notificación realizada, obviando el trámite de la comisión, por el Juez competente que conoce del proceso a quien domicilia en un distrito judicial distinto a aquel en el que tiene competencia el mencionado Juez, más aún si dicho acto ha cumplido su finalidad.

En materia probatoria la comisión debe ser excepcional, ello atendiendo al principio de inmediación procesal. Así, sobre la base de la equivocada percepción que se tiene respecto a la comisión, muchos jueces creen que si ellos realizan una inspección judicial en un lugar donde no son competentes, dicha diligencia sería inválida, debiéndolo hacer el Juez competente en ese lugar. Nada más absurdo, pues si ello fuera así se perdería la finalidad que se desea alcanzar con una prueba tan importante como la inspección judicial. Por ello, la inspección judicial debe ser realizada por el Juez que conoce el proceso, salvo que sea sumamente difícil o peligroso hacerlo.

Inmodificabilidad

Noción y momento de determinación de la competencia.

Esta es otra de las características de la competencia estrechamente vinculada al derecho al Juez natural. En este caso tiene que ver con la predeterminación del Juez que debe

conocer el proceso. Según esta característica, una vez que la competencia ha sido determinada, ella no puede variar en el transcurso del proceso, aun cuando varíen las circunstancias de hecho o de derecho que sirvieron para determinarla. La razón de ello es evitar cualquier tipo de injerencia en los procesos a través de intencionados cambios de jueces que se pudieran producir, lo que pondría en riesgo las garantías de imparcialidad e independencia de los jueces.

Para poder comprender esta característica se hace necesario, entonces, establecer en qué momento se determina la competencia. Son dos básicamente las soluciones que propone la doctrina para establecer cuál es el momento para la determinación de la competencia: (i) la determinación del Juez se hace en función de las normas sobre competencia que estuvieron vigentes al momento de la realización de los hechos que se han de juzgar y (ii) la determinación del Juez se hace en función de las normas sobre competencia vigentes al momento de la interposición de la demanda.

La primera de las soluciones es una opción de “inequívoco sabor penalista” fundamentalmente porque se establece un paralelismo con la irretroactividad de las normas penales materiales respecto de la comisión del delito. Además de ello, esta solución supone una confusión entre el objeto de regulación de las normas procesales y el de las normas materiales.

La segunda de las soluciones citadas fija el momento de la determinación de la competencia atendiendo al momento del inicio del proceso. Lo trascendente para esta opción no es qué norma sobre competencia estuvo vigente al momento de la realización de los hechos a juzgar (lo que, por lo demás, resultaría muchas veces difícil, en especial, en aquellos casos en los que exista acumulación objetiva sucesiva), sino que lo trascendente es determinar qué normas sobre competencia estuvieron vigentes al momento del inicio del proceso. Con esta solución se pone en evidencia, además, el diferente objeto de regulación de la norma de derecho material y de la norma de derecho procesal. Esta es la solución adoptada por nuestro Código Procesal Civil en su artículo 8.

Si decimos que el Código Procesal Civil ha adoptado el criterio según el cual la competencia se determina en función de las circunstancias de hecho o de derecho existentes al momento de presentar la demanda, resulta claro que, una vez ocurrido esto,

la competencia no puede ser modificada, pues eso es lo que reza el artículo 8 del Código Procesal Civil. Sin embargo, el artículo 438 inciso 1 del Código Procesal Civil establece que uno de los efectos del emplazamiento es que la competencia inicial no podrá modificarse, aunque varíen las circunstancias que la determinaron.

2.2.3.2. Criterios para determinar la competencia

2.2.3.2.1. Competencia por razón de la materia

La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan.

Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo E. (2010) afirman que el primer párrafo del artículo 6° del Código Procesal Civil recoge el principio de legalidad de la competencia, al señalar con claridad que la competencia solo puede ser establecida por la ley.

En lo que concierne al principio de irrenunciabilidad de la competencia, se indica en el artículo 6º, segundo párrafo, del Código Procesal Civil que la competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos caso previsto en la ley o en los convenios internacionales respectivos.

Debe tenerse presente que, tal como lo señala el artículo 7º del Código Procesal Civil, ningún Juez civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye. Sin embargo puede comisionar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial.

2.2.3.2.2. Competencia por razón de la cuantía

Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo, E. (2010) afirman que la competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio conforme a las siguientes reglas:

1. De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir posición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y
2. Si de la demanda o de sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la de la indicada por el demandante, el Juez de oficio, efectuara la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al Juez competente.

Para calcular la cuantía, se suma el valor del objeto principal de la pretensión, los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios, y otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda, pero no los frutos (Artículo 11º, primer párrafo, del Código Procesal Civil).

Si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas. Si se trata de pretensiones subordinadas o alternativas, solo se atenderá a la de mayor valor (Artículo 11º, segundo párrafo, del Código Procesal Civil).

Si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia, el demandante pagara las costas, costos y una multa no menor de una ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal (Artículo 13° del Código Procesal Civil).

2.2.3.2.3. Competencia por razón del territorio

Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo, E. (2010) sostiene que las reglas generales de la competencia por razón del territorio están contempladas en el artículo 14° del Código Procesal Civil, según el cual:

- a. Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.
- b. Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos.
- c. Si el demandado carece de domicilio o éste es desconocido, es competente el Juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de éste último.
- d. Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el Juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país.

2.2.3.3. La competencia en materia civil

La división obedece a diferentes razones y criterios. Hay, por, sobre todo, una de carácter institucional, que se funda en el orden jerárquico de los tribunales y también en la especialización de la magistratura (por materias). También existe un criterio práctico consistente en la necesaria aproximación del tribunal al lugar del hecho, así como a aquel en el cual están situadas las partes (domicilio). Lo que, de otra manera, se refiere a la centralización o descentralización (territorial). Existen, por último, razones meramente administrativas, como la división del trabajo, etc. (división por turnos). (Véscovi, 1999)

La competencia, a diferencia de la jurisdicción que es una noción que prescinde de quienes la ejercitan, se relaciona con el oficio en general, o con el oficio en singular.

De allí que sea competencia externa, que nace de la distribución de los procesos entre los diversos oficios, e interna si se refiere a los diversos componentes. (Alzamora, 2001),

2.2.4. El proceso

2.2.4.1. Definición de proceso

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ossorio Manuel (2003), define al proceso, en un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito. En la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido mas restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza.

Conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen (Herrera Vielma, 2011)

2.2.4.2. Funciones y objeto del proceso

Herrera Vielma (2001), sostiene que las funciones y objeto del proceso es el litigio planteado por las dos partes. Constituido tanto por la reclamación formulada por la parte actora o acusadora, como por la defensa o excepción hecha valer por la parte demandada o inculpada; en ambos casos son sus respectivos fundamentos de hecho y de derecho y cuya función y finalidad es la de dar solución al litigio planteado por las partes, a través de la sentencia que debe dictar el juzgador.

2.2.4.3. El proceso como garantía constitucional

Ramos Bohórquez (2008), al comentar la Constitución Política del Perú, respecto de las garantías constitucionales contenidas en el Código Procesal Constitucional, señala en tal sentido la necesidad del ser humano y de la sociedad en general, de tener cuerpos legales e instrumentos para poder llevar a cabo una buena administración de justicia es lo que ha llevado a que se tenga una Teoría General del Proceso que realice los estudios técnicos jurídicos y que posean una relación estrecha

con el Derecho y la administración de la justicia, lo que ha determinado que al respecto se plasmen distintas teorías de naturaleza jurídica. (p. 379)

2.2.4.4. Teoría del proceso como situación jurídica

Herrera Vielma (2001) escribe que el proceso no está constituido por una relación jurídica entre las partes y el juzgador, porque una vez que aquellas acuden al proceso, no puede hablarse de que existan verdaderos derechos y obligaciones, sino meras situaciones jurídicas. No obstante, es preciso reconocer que la teoría de Goldschmidt puso de manifiesto que, en relación con ciertos actos del proceso, las partes más que obligaciones, tienen cargas.

Para este autor, la carga procesal consiste –en la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y en ultimo termino, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad.

2.2.4.5. Teoría del proceso como entidad jurídica compleja

Herrera Vielma (2001), escribe: Para Gaetano Foschini, el proceso es una entidad jurídica compleja, caracterizada por la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre si. Afirma que dicha pluralidad de elementos puede examinarse desde diferentes perspectivas: Desde el punto de vista normativo, el proceso es una relación jurídica compleja; desde un punto de vista estático, el proceso es una situación jurídica compleja; y por último desde el punto de vista dinámico, el proceso es un acto jurídico complejo. (p. 3)

2.2.4.6. El proceso civil

A. Definición

Según Ticona (1998), el proceso civil es la una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión conforme con las normas del derecho privado por los órganos de la Jurisdicción ordinaria, instituidos especialmente para ello.

De la misma manera, Devis (1997) indica que el proceso civil existe cuando se presenta un conflicto de intereses o incertidumbre con relevancia jurídica y que la necesidad de que estas sean resueltas o despajadas, está dada por la búsqueda de la paz social. Precizando además, que el conflicto de intereses constituye la confluencia de intereses contrapuestos sobre un mismo bien jurídico y el intento de primar uno frente al otro, quien a su vez ofrece resistencia a ese interés.

El proceso civil existe para poder servir a la solución pacífica y justa de los diversos conflictos de intereses que se producen en la sociedad, a consecuencia de una crisis de cooperación producida por el incumplimiento por parte de los sujetos de las normas de conducta impuestas por el ordenamiento jurídico, lo que produce una vulneración a las situaciones jurídicas de ventaja por él reconocidas y, en consecuencia, una situación de injusticia

B. Objeto del proceso civil

Devis (1997) afirma que el proceso civil contiene cuatro objetivos:

- a) Servir de medio para la declaración de los derechos y situaciones jurídicas cuya incertidumbre perjudique a su titular o a uno de sus sujetos, con ausencia total de litigio o controversia. (Proceso declarativo puro o de jurisdicción voluntaria).
- b) Tutela los derechos subjetivos, siempre que sea necesario, mediante el pronunciamiento de lo que en cada caso sea justo para la composición de los litigios que se presenten entre particulares o entre éstos y entidades públicas en el campo civil.
- c) Logra la realización de los derechos en forma de ejecución forzosa, cuando no se persigue la declaración de su existencia sino simplemente su satisfacción (proceso ejecutivo).

d) Facilitar la práctica de medidas cautelares que tiendan al aseguramiento de los derechos que van a ser objeto del mismo, evitando la insolvencia del deudor, la pérdida o deterioro de la cosa, o simplemente la mejor garantía (proceso cautelar).

C. Finalidad del proceso civil

Carrión (2000) sostiene 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. (Hinostroza, 2001).

D. Importancia del Proceso Civil

Monroy (2008) sostiene que el proceso civil es importante porque permite resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, siendo estas dos categorías jurídicas fenómenos de la realidad social y a su vez presupuestos materiales de la jurisdicción civil.

E. Los puntos controvertidos en el proceso civil.

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).

Gozaini (1992) 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).

Puedo acotar que la fijación de los puntos controvertidos se encuentra establecido en el Código Procesal Civil en su artículo 468, las partes dentro del tercer día de notificado propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos, vencido el plazo con o sin las propuestas de las partes de los puntos controvertidos, el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo según sea el caso de los medios probatorios ofrecidos; y solo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, se señalará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas; al prescindir de ella se procederá al Juzgamiento anticipado del proceso.

2.2.4.5. Principios relacionados con el proceso civil

La función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

A. Principio de Unidad y Exclusividad.

La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional se refiere a que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

–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...||

(Vescovi, 1984, p. 38).

Carrión (2000) indica que este principio significa que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra el, además, para cuando dicho proceso acabe, estará obligada a cumplir con la decisión que se expida del proceso del cual formó parte.

B. Principio de Independencia Jurisdiccional

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco pueden dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

La función jurisdiccional es independiente. Usando en trámite un proceso judicial, ninguna autoridad u organismo puede avocarse a su conocimiento, ni interferir en el ejercicio de la función. En lo concerniente a la prohibición que pesa sobre toda autoridad para modificar sentencias judiciales o retardar su ejecución. No obstante, funciona como excepción el derecho de gracia con la modalidad del Indulto o amnistía. Por su parte el derecho de investigación del Congreso queda a salvo, pero sin interferir los procedimientos judiciales, ni dictar disposiciones de naturaleza jurisdiccional. (Chanamé, 2009).

C. Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

La palabra imparcialidad se origina en el vocablo -imparcial|| que significa que no es parte. En realidad, la etimología es útil para identificar la exigencia de que el órgano jurisdiccional esté absolutamente desafectado respecto de lo que es materia del conflicto de intereses y también de cualquier relación con quienes participan el él. (Alzamora, s.f.).

Indica Monroy (2008) que la –imparcialidad no solo es una calidad que debe tener el órgano jurisdiccional, sino también impone un deber a todos los que participan en la actividad judicial de proteger al Estado. (p. 67).

D. Principio de contradicción o audiencia bilateral

Sostiene Peyrano (1995):

Que este principio también se le conoce como principio de bilateralidad, se refiere a que los actos que al interior del proceso se llevan a cabo, sin distinción alguna, deben concretarse con pleno conocimiento de las partes, es decir, que la parte contraria debe tener conocimiento de todo lo que acontece en el proceso del cual forma parte. (p. 92).

Este principio es tan esencial al proceso que prácticamente lo viene a identificar, ya que es imposible el poder tramitar un proceso válidamente si es que este no consiste en un intercambio de posiciones, de fundamentos, medios probatorios, alegatos, de los interesados y directamente afectados con lo que se resuelva al final del mismo. (Zavaleta, 2002).

E. Principio de publicidad

La publicidad es un mecanismo que garantiza que el proceso será regular, que no serán sometidos los justiciables a cuestiones no previstas en la Ley, es un principio de larga data, reconocida en todos los ordenamientos jurídicos. La excepción está prevista en casos que el proceso comprenda intereses de menores. (Hinostroza, 2001).

Para Cajas (2011):

El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social, esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de intereses exclusivo de los litigantes sino de la sociedad. Que se hace par que se resuelvan los conflictos, decir, es una información que debe ser conocida por la comunidad. Con tales datos, podrá establecerse una relación de

confianza entre los órganos jurisdiccionales y su comunidad. (p. 132).

F. Principio de Motivación escrita de las resoluciones judiciales

La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Este principio impone como obligación al juzgador el que tenga que motivar sus decisiones, lo cual implica que en la elaboración de las resoluciones con las que da avance o pone fin al proceso deben aparecer transcritas las razones que lo han llevado a decidir de tal o cual manera. (Colomer, 2003).

En el ejercicio de la función que cumplen los jueces están sometidos a la Constitución y la ley, debiendo apoyarse en la ley y en los hechos probados en juicio. Están obligados a fundamentar sus resoluciones y sentencias, basada en los fundamentos de hecho y de derecho este principio es un corolario del Derecho de Defensa y de la Instancia Plural (Chanamé, 2009).

G. Principio de 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. (Hinostroza, 2001).

Indica a su vez Carrión (2000):

La cosa juzgada viene a ser el carácter inmutable que adquiere una decisión judicial cuando ya no puede ser cuestionada procesalmente, salvo en el caso de la cosa juzgada fraudulenta, y cuya razón de ser se encuentra en el hecho de que el Estado y los justiciables necesitan de que el ordenamiento jurídico y

las decisiones jurisdiccionales que se adopten tengan seguridad jurídica. (p. 285).

2.2.5. La prueba

2.2.5.1.- La prueba en sentido común

En 1964, Alcalá-Zamora y Castillo escribe que la prueba es el 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. (Alcalá- Zamora y Castillo, 1964.

En 1976, Alfredo Rocco conceptúa que los medios de prueba son 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. (Rocco, 1976).

Lino Palacio (1977) agrega que 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 uno o más hechos.

Devis Echandía (1984) entiende por prueba 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.

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ossorio Manuel (2003), define a la prueba, como: El conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.

Las pruebas generalmente admitidas en las legislaciones son las de indicios, la presunción y especies, la confesión en juicio, la de informes; la instrumental, llamada también documental, la testimonial, la pericial, etc.

Algunas legislaciones determinan el valor de ciertas pruebas, al cual se tiene que atender el juzgador, pero lo más corriente y lo más aceptable es que la valoración de las pruebas sea efectuada por el juez con arreglo a su libre apreciación.

A más del significado procesal anterior, el de mayor relieve jurídico, prueba es toda razón o argumento para demostrar la verdad o la falsedad en cualquier esfera y asunto.

En los procedimientos, son objeto de prueba los hechos controvertidos, y solamente los hechos. Por excepción, que se interpreta de maneras distintas, los tribunales exigen a veces que se pruebe la costumbre, no obstante ser fuente jurídica, y el Derecho extranjero aplicable a su caso, ambos, en cuanto a su vigencia.

2.2.5.2. Principios procesales aplicables a la prueba

De acuerdo al Código Civil (2010), y al Código Procesal Civil, con referencia a los principios procesales aplicables a la prueba, ésta establece:

A. Principio de igualdad: Este principio se encuentra presente en el Código Procesal Civil, y enunciado expresamente en el artículo VI del Título Preliminar. En cuanto se refiere a la prueba específicamente, transfiere a la igualdad de oportunidades de las partes para el ofrecimiento de los medios probatorios, igualdad para el cuestionamiento y para el control en la promoción de los mismos.

Es obligación de las partes, ofrecer los medios probatorios que consideren adecuados para acreditar los hechos que sustenten la pretensión. Demandante y demandado tienen la misma oportunidad para el ofrecimiento de los medios probatorios que consideren pertinentes.

B. Principio de moralidad: Es importante la presencia de este principio en la producción de la prueba, porque las partes deben actuar con probidad, veracidad, lealtad y buena fe en lo que se refiere al ofrecimiento y a la actuación de los medios

probatorios. En lo que se refiere al primer aspecto, las partes deben ofrecer los medios probatorios idóneos y verdaderos, tendentes a acreditar los fundamentos de sus pretensiones, y en lo que se refiere a la actuación, deberá conducirse éticamente en el desarrollo de cada uno de ellos,

El artículo IV del Título Preliminar impone a las partes, a sus representantes y a sus abogados, el deber de adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, debiendo concordarse este dispositivo con el inciso 5 del artículo 112° del Código Procesal Civil, que faculta al Juez a sancionar al abogado que obstruya la actuación de los medios probatorios.

C. Principio de autoridad: En merito a este principio, el Juez tiene la facultad de no admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes que no sean idóneos para acreditar los hechos en que se sustentan las pretensiones.

El Juez, luego de fracasar la conciliación, procede a fijar los puntos controvertidos, y en función a ello es que decide la admisión de los medios probatorios. El principio de autoridad, no solo se refleja en lo expresado anteriormente, sino además en el hecho de que el Juez puede actuar pruebas de oficio, a efectos de que se cumpla la finalidad del proceso (artículo 194° del Código Procesal Civil).

Con este mismo criterio es que se concede facultad al Juez, para que practique confrontaciones entre las partes, entre los testigos, peritos y entre éstos con aquellos. El Juez debe procurar acercarse a la verdad; no debe contentarse con lo que las partes le ofrecen como medios probatorios, si intuye que a través de otros medios probatorios puede formarse una mejor convicción sobre lo que se controvierte en el proceso. (pp. 457- 458)

2.2.5.3. Principios procesales aplicables a los medios probatorios

De acuerdo al Código Civil (2010) y al Código Procesal Civil, con respecto a los principios procesales en los medios probatorios, ésta señala:

A. Principio dispositivo de los actos procesales: Este principio procesal dispositivo se basa en que el Juez goza de iniciativa para investigar los hechos, pudiendo actuar los medios probatorios que juzgue pertinentes. Nuestro Código Procesal Civil es concordante en este aspecto al principio dispositivo, facultando al juzgador a disponer la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resultan insuficientes para formarse convicción.

Se dispone que esta decisión sea motivada, la misma que tendrá carácter de inimpugnable (Artículo 194° del Código Procesal Civil).

B. Principio de adquisición de los actos procesales: Establece, que los medios probatorios una vez ofrecidos y actuados, sus resultados pertenecen al proceso, independientemente de quien los haya ofrecido. Este es un principio eminentemente técnico y, por ende, aplicable sin reticencias en un sistema dispositivo, aun cuando se evidencien mejoras resultados dentro del sistema dispositivo, ya que en éste interesa la verdad histórica.

C. Principio de legalidad de los actos procesales: Por legalidad debemos de entender la forma como está diseñado en la ley, el ofrecimiento y la actuación de los medios probatorios. En nuestro sistema jurídico, éste varía de acuerdo con las distintas vías procedimentales que plantea el Código Procesal Civil.

En principio, todos los medios de prueba, aun cuando no estén expresamente considerados en el Código Procesal Civil, son idóneos, si con ellos se logra acreditar los hechos expuestos por las partes y van a producir certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos, lo que servirá para fundamentar la decisión final (Artículos 188° y 191° del Código Procesal Civil).

D. Principio de preclusión de los actos procesales: El principio de preclusión también rige en cuanto a la prueba. Existe un momento determinado en el cual las partes deben ofrecer sus medios probatorios (Artículo 189° del Código Procesal Civil), un momento para el cuestionamiento de los medios probatorios (Artículo 301°

del Código Procesal Civil), un momento para la actuación de los medios probatorios (Artículos 202° y siguientes del Código Procesal Civil).

Cada una de estas etapas mencionadas, son momentos precisos que una vez vencidos los plazos respectivos, se pasa a la siguiente etapa por el principio de la preclusión.

E. Principio de inmediación de los actos procesales: La audiencia de pruebas debe ser dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad (Artículo 202° del Código Procesal Civil). Es en la actuación de los medios probatorios donde el Juez adquiere la convicción necesaria, respecto de los hechos que sustentan las pretensiones de las partes, porque es allí donde se tiene la percepción directa del desarrollo de los medios probatorios.

El Juez tiene frente así, a los peritos, a los testigos, a las partes, y a la vez que se forma convicciones respecto de los hechos en si, utiliza para ellos sus conocimientos de Psicología, de intuición, y en general puede aplicar su experiencia judicial y de la vida para la apreciación de las personas que intervienen en dicho acto.

F. Principio de celeridad y concentración de los actos procesales: Estos principios se encuentran expresamente reconocidos en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

G. El principio de celeridad: se relaciona con la prueba, cuando el Juez admite los medios probatorios pertinentes, declarando improcedentes aquellos que no son necesarios, sea porque los hechos que se pretenden demostrar no son materia de controversia, son hechos imposibles, notorios o de publica evidencia, o porque la otra parte ha admitido los hechos, o son hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario, conforme lo señala el artículo 190° del Código Procesal Civil.

Por otro lado, tiene que ver con la organización del propio juzgado, cuando lleva a cabo las audiencias en los días señalados, en especial la audiencia de pruebas, tratando de que la misma se lleve a cabo en un solo acto y en un solo día.

H. El principio de concentración: consiste en la realización del mayor número de actos en un solo acto procesal. En ese sentido, rige este principio, cuando las partes están obligadas a ofrecer todos sus medios probatorios en un solo acto, el actor al presentar su demanda (Artículo 424° del Código Procesal Civil), y el demandado al contestar la misma (Artículo 442° del Código Procesal Civil).

Así mismo, cuando el Juez en un solo acto determina la pertinencia o improcedencia de los medios probatorios (artículo 190° del Código Procesal Civil), y finalmente cuando se lleva a cabo la audiencia de pruebas, donde se actuarán todos los medios probatorios admitidos por el Juez (artículos 206° y 208° del Código Procesal Civil). (pp. 515 - 522)

2.2.5.4. Definición de prueba para el Juez

Para Morales Godos (2005), la prueba para el Juez, consiste en el documento o acto humano que sirve para demostrar o acreditar un hecho verdadero o falso en un proceso sobre la pretensión demandada, donde las partes considerarán que la finalidad es acreditar los fundamentos de hecho para vencer en el proceso, mientras que el Juez tratará de convencerse de la realidad o verdad para declararla.

Sin embargo, la institución por si misma debe tener una finalidad abstracta, sin perjuicio de la finalidad concreta de cada uno de los integrantes de la relación procesal. En el proceso civil, la carga de la prueba recae en la parte que afirma determinados hechos en la sustentación del petitorio.

2.2.5.5. Teorías de la finalidad de la prueba

Al respecto Idrogo Delgado (1999), afirma que para el órgano jurisdiccional, es necesario contar con valoraciones objetivas y subjetivas de los medios probatorios, en tal sentido se han desarrollado diversas teorías, que permiten al Juez apreciar y merituar una prueba, siendo éstas:

A. Establecer la verdad: La prueba es un medio para el descubrimiento de la verdad de los hechos. Para Alsina, la prueba es la comprobación judicial, por los modos que

la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.

La verdad es una, y no siempre se logra llegar a ella a través de las pruebas en un proceso, y no es solo un problema de sistema, ya que ocurrirá lo mismo, bien se trate de un sistema legal o de libre convicción, aun cuando en este ultimo caso, no cabe duda que se tendrá la oportunidad de acercarnos mas a la verdad.

B. Lograr la convicción del Juez: La verdad es una noción ontológica que corresponde al ser mismo de la cosa que, por lo tanto exige una identidad entre el objeto y la idea o conocimiento que se tenga de él, y que dicha identificación no siempre se da en un proceso, donde se plantea que no tanto el fin de la prueba sea llegar a la verdad, cuanto en producir en el Juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere.

Para esta teoría, la finalidad de la prueba está dirigida al Juez, para provocar en él convicción con respecto de los hechos expuestos por las partes y que le permitan sustentar su sentencia.

C. Alcanzar la fijación formal de los hechos procesales: Esta teoría sostiene que el proceso no sirve para conocer los hechos o para establecer su verdad, sino para conseguir su fijación formal. Los hechos son con prueba.

D. Posición que asume el Código Procesal Civil: El nuevo Código Procesal Civil Peruano, asume en este tema una posición mixta, y señala en el artículo 188°, 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.

Como se observa, la posición del Código Procesal Civil es híbrida, habiendo optado el legislador por no entrar en definiciones ni elecciones que pondrían dar lugar a controversias de orden teórico. Por nuestra parte asumimos que la verdadera

finalidad de las pruebas, se encuentra en provocar convicción en el Juez, que es en definitiva quien va a resolver la controversia.

2.2.5.6. Legalidad de los medios probatorios

Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo, E. (2010) sostienen que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191°, primer párrafo, del Código Procesal Civil, todos los medios de prueba (declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia e inspección judicial), así como sus sucedáneos (indicios y presunciones), aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188° de dicho cuerpo de leyes, conforme al cual los medios probatorios tiene por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de estos (artículo 191°, último párrafo, del Código Procesal Civil). Los referidos sucedáneos de los medios de prueba (indicios y presunciones) son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos (artículo 275° del Código Procesal Civil).

2.2.5.7. Medios probatorios típicos

De acuerdo al Código Civil (2010) y el artículo 192° del Código Procesal Civil, son medios de prueba típicos, los siguientes:

1. La declaración de parte.
2. La declaración de testigos.
3. Los documentos.
4. La pericia.
5. La inspección judicial.

2.2.5.8. Medios probatorios atípicos

Castillo Quispe, M., y Sánchez Bravo, E. (2010), sostienen que los medios

probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192° del Código Procesal Civil y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios, que según el artículo 188° del Código Procesal Civil, radica en acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Los medios de prueba atípicos se actuaran y apreciaran por analogía con los medios y con arreglo a lo que el Juez disponga (artículo 193° del CPC).

2.2.5.9. El objeto de la prueba

Para el desarrollo del objeto de la prueba, debemos de responder a la pregunta ¿Qué es lo que se desea probar para generar convicción? Al respecto Idrogo Delgado (1999) afirma:

A. Prueba de los hechos: Los hechos constituyen el fundamento de la pretensión. Los hechos siempre son anteriores al Derecho, siempre lo preceden; no hay derecho que no provenga de un hecho. El actor al presentar su demanda, sustenta su pretensión en una secuencia de hechos debidamente enumerados, así como el demandado lo hace al contestar la demanda.

Estos hechos son los que tienen que ser objeto de la prueba, a fin de que el juzgador se forme convicción respecto de la veracidad de los mismos. Los hechos materia de probanza deben estar articulados con la pretensión, si los mismos no guardan relación, son intrascendentes respecto de la pretensión, no necesitan probarse.

B. Prueba del derecho: El derecho debe estar sustentado en normas jurídicas, las que no requieren probanza, ya que las mismas se interpretan. Es mas, por el principio iura novit curia, el Juez es el conocedor del derecho, es el técnico, y le corresponde a él, aplicar la norma jurídica pertinente, aun cuando la parte la haya omitido o se haya equivocado en la invocación.

Las partes tiene el dominio sobre los hechos, el Juez lo tiene sobre el derecho. En el caso de aplicación de una ley extranjera, las partes deben acreditar la existencia de la

misma.

2.2.5.10. Valoración y apreciación de la prueba

La valoración de la prueba consiste en el análisis y apreciación metódica y razonada de los elementos probatorios ya introducidos, absorbe un aspecto fundamental de la discusión y decisión del asunto cuestionado, y es de carácter eminentemente crítico. (Claria Olmedo, 1968).

La libre valoración de la prueba no significa tan solo exclusión de la eficacia de las pruebas en si, determinada en vía preventiva por el legislador, sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que por tanto, no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador (Denti, 1972).

Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., (2010) afirman que de acuerdo a lo normado en el artículo 197° del Código Procesal Civil, que trata acerca de la valoración de la prueba, todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

2.2.6. Los principios constitucionales relacionados al proceso

2.2.6.1. Generalidades de la cosa juzgada

De la cosa juzgada puede hablarse al menos en dos sentidos, según el primero, cosa juzgada sería el estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso. Así se dice que –ya hay cosa juzgadall o –eso es cosa juzgadall. Es el estado de un asunto, antes litigioso, cuando ha sido decidido por los órganos jurisdiccionales de forma definitiva e irrevocable. (De la Oliva, y Fernández, 1990)

En el segundo sentido aludido –cosa juzgadall es expresión que designa ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales y el principal efecto de la principal resolución procesal, que es la sentencia definitiva sobre el objeto esencial de un

proceso (sobre el fondo, suele decirse también). (Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., 2010)

El concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia. Esa medida se resume en tres posibilidades: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad.

La sentencia firme es inimpugnable, en cuanto ha precluido todas las impugnaciones, es decir, no pueden oponerse contra ellas mas recursos que puedan modificarla, en el mismo proceso o en otro futuro.

También, es inmutable o inmodificable y consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La coercibilidad o imperatividad implica que la sentencia, básicamente de condena, es susceptible de ejecución procesal forzada, a pedido del ejecutante (Bacre, 1992).

2.2.6.2. Teorías modernas de la cosa juzgada

Proceden de las escuelas italiana y alemana, ofrecen dos tendencias: la materialista y la procesalista.

a. La teoría materialista: Considera que la cosa juzgada solo surte efectos en el ámbito del derecho material o sustancial o de la relación debatida en el proceso. Ha sido sustentada por Wach, Kilher y Pagenstecher.

b. La teoría procesalista: Afirma que las consecuencias de la cosa juzgada se limitan al campo procesal, para dar certeza a la decisión y evitar otro pronunciamiento posterior. Sus propulsores son Hellwig, Stein, Goldschmidt y Rosenberg.

Creemos que la solución no está en ninguna de esas dos tendencias, aisladamente consideradas, sino, precisamente, en la reunión de ellas, porque la cosa juzgada

encuentra su fundamento en la ley que la ha consagrado y se manifiesta en el ejercicio de la función jurisdiccional que se realiza de manera especial en la sentencia, produciendo unas consecuencias que, si bien se manifiestan con particular relevancia en el ámbito procesal, caracterizadas por la calidad de inmutable de la decisión, que impide volver a considerarla, también se extienden al campo material. (Azula Camacho, 2000).

Las sentencias firmes que producen la excepción de la cosa juzgada, podrán ser tanto condenatorias como absolutorias, o sea, que acojan la demanda o que la rechacen; pues la excepción de cosa juzgada se opone siempre que en el nuevo juicio se pretenda iniciar una acción destinada a obtener una sentencia que venga a confirmar o a contrariar lo ya resuelto en la sentencia primitiva.

Para saber si una sentencia goza de la autoridad de la cosa juzgada, lo único que es necesario averiguar es si, ésta se encuentra firme o ejecutoriada. No hay para que averiguar si es o no nula, ya que la falta de reclamo oportuno implica formalmente el reconocimiento o aceptación de su propia validez (Casarino Viterbo, 1983).

2.2.6.3. Alcances de la cosa juzgada

Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., (2010) afirman que a tenor de lo dispuesto en el artículo 123º, penúltimo párrafo, del Código Procesal Civil, la cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

Tal como lo señala el artículo 123º del Código Procesal Civil, una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos.
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

2.2.7. El Derecho de defensa

2.2.7.1. Generalidades del derecho de defensa

A juicio de Monroy Gálvez (1996) afirma que el derecho de contradicción es, al igual que el derecho de acción, una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional. Esto significa que el derecho de contradicción tiene las mismas características del derecho de acción. En consecuencia, estamos ante un derecho de naturaleza constitucional, además, subjetivo, público, abstracto y autónomo, que permite a un sujeto de derechos emplazado exigirle al Estado le preste tutela jurisdiccional.

Es notoria su naturaleza constitucional. En realidad, debe ser difícil hallar un texto constitucional que no considere el derecho de contradicción, sea denominándolo como tal o de otra manera, como un derecho esencial al individuo y, en consecuencia, elemental para la existencia de un estado de derecho.

Lo de subjetivo se advierte en el hecho de que es inherente aun sujeto de derecho por la sola circunstancia de serlo. Es público en tanto el sujeto pasivo del derecho de contradicción es el Estado, siendo en este aspecto exactamente igual que el derecho de acción.

Es abstracto porque consiste en la oportunidad que el Estado debe otorgarle al emplazado para que se defienda, con absoluta prescindencia de si lo hace o no.

Finalmente, autónomo porque existe con total independencia de lo que expresa el emplazado, tenga sustento real o fundamento jurídico.

Rocco (1976), al estudiar lo concerniente al derecho de contradicción, hace estas observaciones también el demandado tiene un derecho a pretender del Juez, la declaración de certeza de las concretas relaciones jurídicas sustanciales deducidas en juicio, al cual corresponde una obligación jurídica de los órganos jurisdiccionales de conceder la prestación jurisdiccional.

El derecho de accionar que compete al demandado, y que para mayor inteligencia llamaremos derecho de contradicción en juicio o derecho de defensa, no constituye

un derecho distinto del derecho de acción, sino una diversa modalidad del derecho de acción, modalidad que resulta precisamente de la distinta posición que los sujetos activos de la relación procesal asumen en el proceso.

A fin de asegurar la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho; a fin de asegurar la satisfacción de ello, dentro de los límites y en la medida establecidos por el derecho, sin invadir la esfera de la libertad reconocida al individuo, sacrificando, por tanto, otros intereses tutelados por el derecho, las normas procesales reconocen al demandado una pretensión frente a los órganos jurisdiccionales, la cual asume una forma antitética respecto de la pretensión del actor (contradicción).

La pretensión que corresponde al demandado, en el proceso de cognición, es la facultad de exigir obligatoriamente, por parte de los órganos jurisdiccionales, la declaración, mediante sentencia, de las concretas relaciones jurídicas deducidas en juicio.

Esta pretensión asume una forma antitética a la pretensión del actor, de modo que frente a la acción que tiende a una declaración positiva de certeza, el demandado contrapone una acción tendiente a la declaración negativa de certeza, y viceversa, frente a una acción que tiende a la declaración negativa de certeza, contrapone una acción tendiente a la declaración positiva de certeza (Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., 2010)

Azula Camacho (2000) estima que los elementos del derecho de contradicción son los que indica seguidamente:

a) Los sujetos del derecho de contradicción están representados por el demandado como activo, y, por el Estado, que actúa por conducto de la jurisdicción en condición de pasivo.

b) El objeto del derecho de contradicción es el proceso y mediante el la obtención de una sentencia, sin mirar al contenido o la decisión tomada.

c) El fin del derecho de contradicción es doble: uno principal, constituido por la satisfacción general del interés en conservar la paz y armonía sociales, impidiendo la justicia por propia mano, el otro accesorio que atañe al interés particular del demandado, contrayéndose a su derecho de defensa

Se fundamenta en un interés general, porque no solo mira a la defensa del demandado y a la protección de sus derechos sometidos al proceso, sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos, y el que niega el derecho a hacerse justicia por si mismo.

El derecho de defensa puede definirse así: el derecho a obtener la decisión justa del litigio que se le plantea al demandado, mediante la sentencia que debe dictarse en el proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer los recursos que la ley procesal consagre. (Devis Echandía, 1984)

2.2.7.2. Principio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

De acuerdo al Código Civil (2010) y al artículo I, del Título Preliminar del Código Procesal Civil, éste señala: Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

2.2.8. El debido proceso formal

2.2.8.1. Generalidades del debido proceso

Quiroga León (2001) afirma que en la actualidad el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que se ha logrado en la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona, amparado en nuestra Constitución Política del Estado, muy difundido, pero no desarrollado en su real dimensión. Una parte de la doctrina la desarrolla como una garantía específica semejante al derecho de defensa, otros lo consideran dentro del derecho fundamental

a la tutela jurisdiccional efectiva y otros lo desarrollan como una institución instrumental.

Al respecto, la Corte Suprema no le ha otorgado un interés a su desarrollo conceptual, solo lo ha enmarcado dentro del principio de fundamentación de las Resoluciones Judiciales. Sin embargo esta garantía pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, mas concretamente al rubro de la ciencia procesal, que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso, éste ha adquirido una relevante importancia en el texto normativo de la Constitución Política, a través de diversos principios y postulados esencialmente procesales, sin los cuales no se podría entender un proceso judicial justo y eficaz.

2.2.8.2. Definición del debido proceso

Quiroga León (2001), define al debido proceso, como un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial, donde 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 Postigo (1999), con respecto al debido proceso, 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. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida ésta como valor fundamental de la vida en sociedad.

En este sentido, 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 al Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un Juez competente e independiente, pues el Estado no solo está obligado a prever la prestación jurisdiccional, 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.

Fernández Sessarego (2001), define al debido proceso, como un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías: principios procesales y derechos procesales, que tiene las partes en el proceso. El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Estas garantías, principios procesales y derechos tienen como parámetro a la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado en una democracia sustancial, como presupuesto para el desarrollo y eficacia del debido proceso. (p. 35)

2.2.8.3. Teorías del debido proceso formal

Palma Encalada (2005), al respecto afirma que en el marco de la teoría del debido proceso, se han distinguido dos dimensiones: una adjetiva o formal y otra sustantiva o material. La que mas se ha estudiado, desarrollado y regulado ha sido la primera de ellas, que comúnmente se conoce como el conjunto de reglas procesales de obligatorio cumplimiento que regulan un procedimiento para que formalmente sea válido (por ejemplo: prohibición de indefensión, motivación de resoluciones judiciales, igualdad entre las partes, Juez imparcial, entre otros). Sin embargo, en cuanto al estudio de la dimensión sustantiva, llamada debido proceso sustantivo, poco se ha avanzado y su desarrollo en las fuentes del derecho es aun insuficiente. (p. 2)

A. Debido proceso sustantivo: Linares Francisco (1970), la define como un patrón o modulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución Política al Legislador y la ley al organismo administrativo y judicial, lo axiológicamente valido del actuar de estos órganos, es decir hasta donde pueden

restringir en el ejercicio de su arbitrio, la libertad del individuo.

Bustamante Alarcón (2001), define al debido proceso sustantivo, como una garantía de ciertos contenidos de justicia en la decisión judicial, administrativa u otra similar, aplicando la razonabilidad y proporcionalidad de las leyes en los casos sometidos a consideración.

De este modo, no basta que de acuerdo con el patrón del debido proceso, una sentencia sea dictada con las formas procesales constitucionales legales para que sea válida, sino, que es necesario que se respete, ciertos juicios de valor que hagan objetiva la justicia, porque de nada serviría que se hayan respetado las debidas garantías en su tramitación, que los Jueces hayan actuado con independencia e imparcialidad, que la decisión se haya emitido en un plazo razonable, si ésta no es objetiva y materialmente justa.

B. Debido proceso subjetivo: Palma Encalada (2005), lo define como un derecho fundamental, por cuanto se encuentra conformado por un conjunto de otros derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes que hacen posible la eficacia y validez del proceso formal, oponible a todos los poderes del Estado e incluso a los particulares, y en su esfera objetiva como un instrumento procesal para que el proceso no devenga en nulo, supone la base sobre la que se asienta la tutela judicial y extrajudicial a fin de llegar a la solución de los conflictos y conseguir la tan ansiada paz social en justicia. (p. 1)

2.2.8.4. Elementos del debido proceso

Fernández (2001), con respecto a los elementos del debido proceso, sostiene que para enfocar los elementos del debido proceso, es necesario tener un fundamento y concepto claro del derecho. El derecho no es ciencia abstracta, neutra de la actividad humana social, por eso evoluciona y cambia. La experiencia jurídica es dinámica, fluida, como la vida, como la historia, fuera de la historia es imposible aprenderlo.

El derecho debe conceptualizarse a partir de la realidad, allí podemos encontrar, la

unidad ineludible de la presencia de tres elementos del debido proceso, que se encuentran en constante interacción dinámica: una dimensión sociológica-existencial, una dimensión de la realidad normativa y una dimensión de los valores.

Si analizamos la dimensión sociológica-existencial, la realidad normativa y los valores estáticamente y yuxtapuestas, una al lado del otro, no llega a configurar el derecho, la tridimensionalidad nace de la dinámica, que es indispensable la presencia de todos los elementos, sino estaríamos con una visión unidimensional del derecho, porque la vida humana social solo, no es derecho, pero es elemento básico, porque el ser humano es protagonista del derecho, no hay derecho sin vida humana en la dinámica social: al igual que la norma sola, no es derecho, de igual modo, sin seres humanos no hay valores.

De lo expresado se desprende en consecuencia, que el enfoque del derecho desde un punto de vista tridimensional se extiende a todo fenómeno jurídico, como aspiración del debido proceso y del derecho, bajo la integración dinámica de tres dimensiones: la coexistencial, lo formal y la axiológica, como una unidad conceptual.

2.2.9. El principio de congruencia procesal.

2.2.9.1. Generalidades del principio de congruencia procesal

Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., (2010) afirma que lo relativo al principio de congruencia procesal se halla normado en la parte final del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, numeral del cual se infiere que el Juez, al resolver el litigio, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, porque sino caería en vicio de nulidad insubsanable, conocido como incongruencia procesal. (p. 45)

2.2.9.2. Definición de congruencia procesal

Álvarez Julia, Neuss y Wagner (1990), acerca de la congruencia procesal, opinan en virtud del principio de congruencia que deberá respetar, la sentencia debe ajustarse a las acciones deducidas en juicio. Al juzgador le está vedado pronunciarse sobre pretensiones no deducidas, cosas no pedidas o peticiones no formuladas.

Se viola el principio de congruencia cuando la sentencia decide:

- a) Ultrapetitum, otorgando al actor más de lo que pidió
- b) Citrapetitum, dejando sin resolver cuestiones que habían sido introducidas en la contienda.
- c) Extrapetitum, si se alteran o modifican, en aspectos esenciales las pretensiones formuladas por las partes

Bacre (1992), dice del principio de congruencia procesal en la sentencia puede ser definida como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la o las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, mas la oposición o defensa enarboladas que delimitan ese objeto (Bacre, 1992)ll. (Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., 2010, p. 45)

2.2.10. El principio de la motivación de las resoluciones judiciales.

2.2.101.1. Definición de motivación

Arenas López M., y Ramírez Bejarano E., (2009) definen a la motivación:

Desde el punto de vista del lenguaje enunciativo, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, refiere como una de las acepciones de motivación, la de: -Acción y efecto de motivarll. La que a su vez, también según el citado Diccionario, consiste en: -Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa ll.

De aquí se colige en que, ésta, sea una actividad consciente, coherente, lucida y clara con que debe manifestarse la argumentación que se va emitir.

El significado mismo del termino -motivaciónll, no es mas que, dar causa o motivo para algo, explicar la razón que se ha tenido para hacer algo, y , del punto de vista que nos concierne, se trata de una -motivación judicialll, la que se produce por el órgano encargado de impartir justicia y en función de ésta.

Es así, que en tanto motivación judicial, se presenta en dos facetas dirigidas a

producir la justificación de la decisión: como actividad del juzgador y como la argumentación que se manifiesta en el documento sentencial.

Para Franciskovic Ingunza (2004), la motivación es algo más, implica algo más que fundamentar; es la explicación de la fundamentación, es decir, consiste en explicar la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico.

La resolución judicial debe mostrar, tanto el propio convencimiento del Juez, como la explicación de las razones dirigidas a las partes, ha de explicar el proceso de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras que la falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es pues una prohibición de la arbitrariedad.

2.2.10.2. El deber constitucional de motivar

Sobre el deber constitucional de motivar, Franciskovic Ingunza (2004), afirma que la necesidad del deber constitucional sobre la motivación en las sentencias se encuentra establecida en el artículo 139° numeral 5) de nuestra Constitución Política del Perú, como un derecho constitucional y por ende un derecho fundamental a un debido proceso.

Así mismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 12° hace referencia a la motivación como un principio general, es decir como una pauta que guía todo ese sector del ordenamiento jurídico, todo aquel proceso orgánico.

Por otro lado, en el Código Procesal Civil encontramos en el artículo 50° numeral 6), como un deber del Juez el de motivar las sentencias, es decir que su incumplimiento origina sanciones de diversa índole, y el artículo 122° numeral 3) también prescribe y contempla la necesidad de motivar y fundamentar los autos y sentencias, cuyo incumplimiento por el Juez es causal de nulidad.

2.2.10.3. Funciones de la motivación

Nos dice Chamorro Bernal (1994), sobre las funciones de la motivación en un Estado democrático de Derecho, legitima la función jurisdiccional y, es múltiple ya que:

1. Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.
2. Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución.
3. Permite la efectividad de los recursos.
4. Pone de manifiesto la vinculación del Juez a la ley.

No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar porque encajan.

La motivación de una resolución, en especial de una sentencia, supone una justificación racional, no arbitraria de la misma, expresada mediante un razonamiento lógico concreto, no abstracto, particular, no genérico, en tal sentido esta justificación debe incluir:

- a) Un juicio lógico
- b) Motivación razonada del derecho
- c) Motivación razonada de los hechos.
- d) Respuesta a las pretensiones de las partes.

Arenas López M., y Ramírez Bejarano E., (2009) con respecto a las funciones de la motivación, afirman que la motivación no es más que fundamentación, y fundamentar o justificar una decisión es mostrar las razones que permiten considerar lo acordado como algo atinado.

Por ello, la motivación de las resoluciones judiciales se configura hoy en día por demás como una necesidad, como un instrumento de primer orden y esencial para cualquier análisis del proceso moderno.

La motivación debe entenderse como la exposición que el juzgador debe ofrecer a las partes como solución a la controversia, pero sin dejar de tener en cuenta de que esta debe ser una solución racional, capaz de responder a las exigencias de la lógica y al entendimiento humano.

2.2.10.4. La fundamentación de la motivación en los hechos

Al respecto, Franciskovic Ingunza (2004) afirma que la motivación de los hechos en cualquier proceso debe ser razonada, con ello éste se hace público para todos y susceptible de ser revisada su corrección y racionalidad en una instancia superior.

Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), es decir en determinar su correspondencia con los hechos que describen, entonces es necesaria la motivación, la explicitación de las razones que apoyan las verdades de esas afirmaciones, entonces es necesaria la motivación de las razones que tiene que ver con el elemento fáctico.

Pero es deber advertir que la teoría de la argumentación ha dedicado toda su atención al fundamento de derecho y una escasa atención al fundamento de hecho.

Ahí radica el problema, que solo ha limitado, el estudio de los juristas a los problemas de interpretación de normas, asumiendo implícita o explícitamente, que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas, o que planteándolos, está irremediablemente abocado a la discrecionalidad extrema cuando no, a la pura y simple arbitrariedad judicial, y es ahí precisamente donde el Juez soberano puede ser más arbitrario.

El objetivo de un procedimiento de prueba, es la averiguación de los hechos de la causa. Surgen como problemas varios.

2.2.10.5. La fundamentación de la motivación en derecho

Al respecto, Franciskovic Ingunza (2004) afirma que a diferencia de la motivación

fáctica o de los hechos y la necesidad de la prueba judicial, la exigencia de que la motivación esté fundada en derecho posee un mayor desarrollo conceptual.

La justificación de la decisión jurídica de la causa ha de ser específicamente una motivación fundada en derecho, es decir una aplicación racional del ordenamiento jurídico al caso concreto, sin que pueda al respecto, no satisfacerse las exigencias constitucionales del deber de motivación, con una justificación que no sea jurídica, es decir que no sea fundada en derecho.

Entonces, advertimos que son requisitos exigidos para garantizar que la motivación del juzgador constituya una aplicación racional del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento; que la justificaron se respete y no vulnere derechos fundamentales, y que la motivación establezca una adecuada conexión entre los hechos y las normas, siendo requisitos los siguientes:

La justificación del juzgador debe de ser, la consecuencia de una aplicación racional de la ley: El Juez debe enlazar su decisión con el conjunto de normas vigentes, para de este modo garantizar que la decisión y su correspondiente justificación sean jurídicas por estar y venir apoyadas en normas del ordenamiento jurídico vigente; si el juzgador quiere que la justificación de la decisión sobre el juicio de derecho esté fundada en derecho deberá lograr que la motivación acredite que la decisión es consecuencia de una racional aplicación del sistema de fuentes.

La correcta aplicación de la norma: La finalidad de este control es verificar que la aplicación de las normas al concreto caso sea correcta y conforme a Derecho, con estricto respeto de los criterios de aplicación normativa.

Se trata, pues, de verificar que las normas empleadas en la motivación estén perfectamente interrelacionadas con el resto del ordenamiento. Para ello el Juez ha de vigilar que usara y aplicará las normas que justifican su decisión y que no esté vulnerando ninguna de las reglas de aplicación normativa previstas en el ordenamiento jurídico.

Válida interpretación de la norma: El Juez debe en tercer lugar, realizar una válida interpretación, para dar significado a la norma previamente seleccionada. Los requisitos que debe cumplir una racional interpretación de las normas para poder fundar adecuadamente la decisión que se adopte sobre la base de dicha interpretación de las normas o declaraciones relevantes para la resolución de la controversia, son:

La motivación en derecho debe respetar los derechos fundamentales: La simple constatación formal de que existe una motivación en una relación jurisdiccional no es suficiente para considerar válidamente cumplida la obligación de justificar que grava a los juzgadores.

No hay duda, por tanto, de que la motivación ha de contener una justificación fundada en derecho, es decir que no solo sea fruto de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento, sino que además dicha motivación no suponga una vulneración de derechos fundamentales.

Una adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión: Una tercera exigencia que ha de cumplir la motivación de una sentencia para que pueda considerarse fundada en derecho, es que contenga una adecuada conexión entre los hechos, alegado por las partes y probados, que sirvan de base a la decisión y las normas que le den el correspondiente respaldo normativo. La conexión entre la base fáctica de la sentencia y las normas que se utilizan para decidir sobre la cuestión jurídica es una exigencia ineludible de una correcta justificación de la decisión sobre el juicio de derecho.

2.2.10.6. Requisitos para una adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

Al respecto, Arenas López M., y Ramírez Bejarano E., (2009) afirman que la motivación de las resoluciones judiciales permite no solo el control de las partes involucradas en el conflicto, sino de la sociedad en general, dado que el público en su conjunto puede vigilar si los tribunales utilizan arbitrariamente el poder que les ha sido confiado, por tal razón los fundamentos de la sentencia deben lograr por un

parte, convencer a las partes en relación a la justicia impartida y, por otra debe avalar que la resolución dada es producto de la aplicación de la ley y no un resultado arbitrario, al consignar las razones capaces de sostener y justificar sus decisiones.

El autocontrol que la motivación supone de la actividad del juzgador se evidencia a través de dos aristas: primero evita la comisión de errores judiciales, y por otro lado, obliga a la necesidad de utilización por parte del órgano jurisdiccional de un criterio racional a la hora de la valoración de la prueba, ya que como fácilmente se puede colegir, si a la convicción se ha llegado a través de meras conjeturas o sospechas, la fundamentación se hará imposible. De ahí que la motivación actué con garantía, e imposibilite la emisión de sentencias sin una sólida base fáctica probada.

La ausencia de motivación, por tratarse de un vicio formal trae consigo la nulidad de la sentencia, dando lugar a que se retrotraigan las actuaciones al momento de su redacción donde se expliquen nuevamente todos los argumentos (...).

De ahí que los requisitos formales que se deseen precisar para obtener una correcta motivación de las resoluciones judiciales, deben ser:

a) Concreción: Se refiere a que la sentencia debe versar sobre los elementos constitutivos de los hechos sometidos a decisión judicial y sobre estos debe tratar la resolución.

b) Suficiencia: Que prime el sentido cualitativo, es decir la existencia de la motivación, donde se expliquen las razones de la decisión, donde se narre con calidad, el esfuerzo justificador, que no tiene que ver con la extensión, pues se conocen sentencias muy amplias pero inmotivadas. La suficiencia se enmarca en la incorporación de los datos necesarios para que resulte entendible a cualquier tipo de persona.

c) Claridad: Para que pueda ser accesible al mayor número de personas con cualquier nivel cultural. De ahí que la narración de los hechos sea clara, donde no se invoquen tecnicismos, sino que el relato debe ser más bien, sencillo, ordenado y

fluido, con una carga descriptiva que recree los hechos tal y como ocurrieron. Es importante ante todo que la motivación sea un todo, coherente y uniformado.

d) Coherencia: Que exista correspondencia entre los distintos planos de la sentencia, sin la existencia de contradicciones entre estos, que se muestre a partir de ella un razonamiento lógico.

e) Congruencia en las relaciones de las partes y el fallo de la sentencia: La motivación no debe ser una enumeración material e incongruente de pruebas, ni una reunión heterogénea o incongruente de hechos, razones y leyes, sino un todo armónico formado por los elementos diversos que se eslabonen entre sí, que converjan a un punto o conclusión, para ofrecer base segura y clara a la decisión que descansa en ella.

2.2.10.7. La motivación como justificación interna y externa.

Franciskovic Ingunza (2004) al respecto, señala que la decisión judicial puede ser analizada desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de su estructura, examinando los elementos de que está compuesta y la relación entre los mismos, y desde el punto de vista de su fuerza, esto es, en qué medida las premisas del razonamiento son –buenas razones‖ para apoyar la conclusión, puesto que no todas las razones son buenas razones.

Estos aspectos, diferentes pero complementarios del razonamiento, son denominados en la literatura jurídica: justificación interna y justificación externa y ambos son relevantes de cara al análisis del razonamiento judicial.

La distinción entre ambos aspectos de la justificación es clara. A la justificación externa le compete el análisis de las razones sustantivas en apoyo de cada una de las premisas que forman el razonamiento judicial. El problema que la justificación externa plantea, es que no puede establecerse a priori cuáles son las –buenas razones‖.

La justificación interna por su parte, tiene por objeto examinar la –coherencia entre las premisas y la conclusión, esto es, comprobar si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas. En este caso y a diferencia de lo que sucede con la justificación externa, se considera que si existen estas reglas; son las reglas de la lógica.

2.2.11. La sentencia.

2.2.11.1. Generalidades de la sentencia

Mediante la sentencia el Juez 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, según lo norma, el artículo 12º, último párrafo, del Código Procesal Civil.

Toda sentencia tiene una consecuencia jurídica que trasciende no solo en el plano judicial, sino también en lo social, de ahí la complejidad de acercarla lo más fielmente posible a la realidad. Las sentencias son exponentes del razonamiento deductivo: unos hechos determinados que se declaran probados, se subsumen en el supuesto fáctico de una norma jurídica, para extraer así la consecuencia prevista en ésta, siendo la lógica el elemento fundamental que estructura su contenido; que para determinarlo juegan un papel trascendente el enfrentamiento o debate de las partes, en la que cada una defenderá sus puntos de vista, apoyándose en las teorías que estimen convincentes, exponiendo los hechos ocurridos y las pruebas que los apoyan, a fin de persuadir y convencer a los Jueces mediante la argumentación.

2.2.11.2. Definición de sentencia

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ossorio Manuel (2003), define a la sentencia, como la declaración del juicio y resolución del Juez. Modo normal de extinción de la relación procesal (Alsina). Acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento (Couture). Decisión judicial que en la instancia pone fin al pleito civil o causa criminal, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la

condena o absolución del procesado (Ramírez Gronda). Resolución judicial, en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso (Cabanellas).

Ovalle Favela (1980) define a la sentencia de como la resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente pone termino al proceso.

Aldo Bacre (1992) define a la sentencia, como el acto jurídico procesal emanado del Juez y volcado en un instrumento público, mediante el cual ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido los hechos alegados y probados por las partes, creando una norma individual que disciplinará las relaciones reciprocas de los litigantes, cerrando el proceso e impidiendo su reiteración futura.

2.2.11.3. Estructura de la sentencia

La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes: expositiva, considerativa y resolutive.

En primera y segunda instancias, así como en la Corte Suprema, los autos llevan media firma y las sentencias firma completa del Juez o Jueces, si es órgano colegiado.

Cuando los órganos jurisdiccionales expidan autos, solo será necesaria la conformidad y la firma del número de miembros que hagan mayoría relativa.

Los decretos son expedidos por los Auxiliares jurisdiccionales respectivos y serán suscritos con su firma completa, salvo aquellos que se expidan por el Juez dentro de las audiencias. (p. 496)

Franciskovic Ingunza (2004) con respecto a la estructura de la sentencia, afirma que las resoluciones judiciales por excelencia, de las que son antecedente necesario en distinta medida antes aludidas, llevan el nombre de sentencias. En ese sentido, una sentencia en el Perú puede contener la siguiente estructura y apartados.

a) Encabezamiento:

- a. La indicaron del lugar y fecha en que se expiden.
- b. El numero de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden.

b) Antecedentes de hecho:

La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión.

c) Fundamentos de derecho:

Los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el merito de lo actuado. Este apartado contiene la motivación de la sentencia.

d) Fallo:

- a. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente.
- b. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso.
- c. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas, o la exoneración de su pago.

2.2.11.4. Fundamentación judicial de las sentencias

Alejandro Nieto (2000) al respecto sostiene que, fundamentar un fallo cumple, esencialmente cuatro funciones básicas, de las cuales las dos primeras se acostumbran poner sobre el tapete:

- a) La primera, y más evidente, es la que se podría denominar del tipo endoprocesal. Es decir plasmar por escrito las razones en virtud de las cuales se toma una decisión

determinada, sirve como un mecanismo interno para que los tribunales superiores puedan ejercer un control, aunque sea mínimo, de los alegatos esgrimidos por las instancias inferiores. Este control puede llevarse a cabo también por medio de los abogados de las partes, quienes conocerán así los argumentos que deben combatir en los recursos de revocatorias y apelación.

b) La segunda tarea que cumple la fundamentación de una sentencia judicial, tiene que ver, como ya se dijo, con la presunta –racionalidad‖ de las sentencias judiciales y del Derecho en general. A estas alturas en el desarrollo de la Teoría del Derecho debería resultar claro que las decisiones judiciales no son, ni pueden ser, estrictamente racionales.

De allí que por mas abiertamente despótico e irracional que se comporte un ordenamiento jurídico, siempre prevalecerá en la conciencia de las personas el deseo real o ilusorio de que las decisiones que allí se cosechen sean justas y racionales.

c) Una tercera función que cumple la fundamentación de los fallos judiciales se refiere a la legitimación del poder ejercido por el Estado sobre los ciudadanos. Una sentencia, independientemente de si ésta es –racional‖ o no, implica ejercicio directo de las potestades de imperio de la administración pública.

Es probable que si el Estado no motivara sus decisiones o al menos no aparentara hacerlo, se enfrentara, tarde o temprano, con el poder de las masas clamando por –justicia‖.

d) La fundamentación de los fallos judiciales cumple, finalmente, la importante función de legitimar la administración de justicia frente a distintos foros de la sociedad.

2.2.12. El recurso de apelación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 364º del Código Procesal Civil, el recurso de apelación dentro de una pluralidad de instancias, tiene por objeto que el

órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de un tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

El recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución estimada injusta, para que la modifique o revoque, según sea el caso. (Alsina, 1961)

Para Ramos Méndez (1992), el recurso de apelación es un recurso ordinario, devolutivo, que procede contra las sentencias definitivas de todo negocio y los autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes y autos resolutorios de un recurso de reposición contra providencias y autos.

Es el recurso devolutivo por excelencia, mediante el cual el tribunal ad quem examina la corrección y regularidad de la resolución dictada por el tribunal A-quo, según los motivos de gravamen que aduzca el apelante.

Falcón (1978) sostiene que el recurso de apelación es un medio de impugnación que tiene la parte para atacar las resoluciones judiciales, con el objeto de que el superior las revoque total o parcialmente, por haber incurrido el Juez, en un error de juzgamiento

Casarino Viterbo (1984) considera como características del recurso de apelación las siguientes:

a) Es un recurso ordinario, o sea por regla general, procede en contra de todas clases de resoluciones judiciales, salvo las limitaciones propias de la naturaleza o de la cuantía del negocio judicial en que se incide.

b) Es un recurso por vía de reforma, o sea, es conocido por el tribunal inmediatamente superior en grado jerárquico de aquel que pronuncio la resolución recurrida.

c) Es un recurso que se interpone ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida y para ante el inminente superior en grado jerárquico.

d) Es una segunda instancia, o sea permite al tribunal superior conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho que se hayan ventilado en la primera instancia; salvo que el recurrente, de propia iniciativa, restrinja las atribuciones del tribunal superior, al fundar su recurso.

e) Es un recurso que, por el hecho de ser ordinario, carece de causales taxativamente enumeradas en la ley, teniendo como fundamento o causal genérica el agravio o perjuicio del litigante en virtud de infracciones a la ley.

f) Es un recurso subsidiario cuando va unido a otros recursos, como ser, a los de reposición y de casación en la forma, respectivamente.

2.2.12.1. Fundamentación del agravio en el recurso de apelación

Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., (2010) afirman:

El que interpone recurso de apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria. Así lo establece el artículo 366° del Código Procesal Civil. (p. 354).

2.2.12.2. Admisibilidad e improcedencia del recurso de apelación

Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., (2010) sostiene que en lo concerniente a la inadmisibilidad e improcedencia del recurso de apelación se halla normado en el artículo 367° del Código Procesal, de esta manera:

A) La apelación se interpone dentro del plazo legal ante el Juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa judicial cuando ésta fuere exigible.

B) Serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, cuando:

La apelación o adhesión que no acompañan el recibo de la tasa judicial respectiva.

La apelación o adhesión que se interponga fuera del plazo.

La apelación o la adhesión que no tengan fundamento.

La apelación o la adhesión que no precisen el agravio.

C) Para los fines a que se refiere el artículo 357° del Código Procesal Civil, según el cual los medios impugnatorios se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, salvo disposición en contrario, debiéndose atender a la formalidad y plazos previstos en el Código Procesal Civil, se ordenará que el recurrente subsane en un plazo no mayor de 05 días, la omisión o defecto que se pudiera advertir en el recibo de pago de la tasa respectiva, en las cedulas de notificación, en la autorización del recurso por el Letrado Colegiado o en la firma del recurrente, si tiene domicilio en la ciudad sede del órgano jurisdiccional que conoce de la apelación.

De no subsanarse la omisión o defecto se rechazará el recurso y será declarado inadmisibile.

D) Si el recurrente no tuviera domicilio procesal en la ciudad sede del órgano jurisdiccional que conoce de la apelación, tramitará la causa de manera regular y será el Juez quien ordene la correspondiente subsanación del error.

E) El superior también puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión, en este caso además, declarará nulo el concesorio.

2.2.12.3. Efectos en que se concede el recurso de apelación

Castillo Quispe M., y Sánchez Bravo E., (2010) sostiene que tal como lo señala el artículo 368° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación se concede:

1.- Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda

suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. Sin perjuicio de la suspensión, el Juez que expidió la resolución impugnada puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable.

2.- Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta. Advertimos que, al conceder la apelación, el Juez precisará el efecto con el que concede el recurso y si es diferida, en su caso

2.2.13. El Matrimonio

Etimológicamente deriva de la raíz latina matriz, madre y -munin|| carga o gravamen para la madre.

Cornejo (1999) dice por el matrimonio el hombre y la mujer asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por ley se complementan recíprocamente cumpliendo los fines de la especie.

Para nuestro código civil el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código.

Doctrinariamente se ha establecido que el matrimonio crea dos fines Uno específico que es la educación y la procreación de la prole y otro individual que es el mutuo auxilio en una comunidad de vida.

2.3.13.1. Naturaleza Jurídica

A. Tesis Contractualista

Se realizan dos concepciones

a) Concepción Contractualista Canónica: considera el matrimonio como un

sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial valido

b) La Concepción Contractualista Civil: sostiene que entre los contrayentes se celebra un convenio mediante el cual varón y mujer se da recíprocamente el dominio de sus cuerpos en orden a la generación de prole y se obligan a cohabitar.

B. Tesis Institucionalista

Sostiene que el matrimonio es una institución de orden publico debe entenderse que el matrimonio no es un contrato sino un acto jurídico bilateral y por lo tanto se debe exigir las formalidades de ley en este sentido os contrayentes son libres de prestar su consentimiento para el matrimonio.

2.3.13.2. Cumplimiento De Formalidades

El segundo párrafo el artículo 5° vige0nte Constitución peruana dice: "las formas del matrimonio son reguladas por la ley". Sobre el asunto existen dos opiniones:

La que es interpretada como clases o tipos de matrimonios. En este sentido se planteó precisamente que se reconocieran como legales tanto el matrimonio civil como religioso, inclusive la propuesta de institucionalizar otras formas de celebración como aquélla que practica el aborígen: el servinakuy.

La que entiende las formas como un conjunto de solemnidades que la ley impone para el reconocimiento jurídico del vínculo conyugal.

Una correcta interpretación del texto constitucional mencionado es precisamente entender las formas como un conjunto de solemnidades requeridas por la ley.

Peralta (1996) indica: las formas del matrimonio se refieren al cumplimiento de una serie de actos anteriores y concomitantes al acto matrimonial requeridas para el reconocimiento del vínculo conyugal, así como la intervención del funcionario competente para que pueda ejercer el control de la legalidad.

Por ausencia de estos presupuestos estructurales provocan la inexistencia o la invalidez del casamiento, según los casos, y que serán objeto en su oportunidad.

2.2.14. El Divorcio

La palabra divorcio, etimológicamente deriva del término latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado. Otros, aseveran a su vez, que procede de *divorto* o *divertis* que equivale a separarse o disgregarse.

En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida en que el matrimonio consiste, por ruptura del vínculo conyugal o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto y al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica.

Por su parte, afirma Herrera (2005) el divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges.

Este concepto si bien proporciona una idea clara de lo que es en esencia el divorcio, no lo es en cuanto concierne a las causas previstas taxativamente, dado que nuestro Código, además de las señaladas en el artículo 349, permite un número variable de causas, que se dan dentro de la violencia física o psicológica, la injuria grave y la conducta deshonrosa como se explicará oportunamente.

Por su parte, Varsi (2004), dice se llama divorcio a la disolución del matrimonio, por sentencia judicial, en virtud de ciertas causales ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo.

La noción es básicamente correcta si se tiene en cuenta su contenido y desde que sólo el juez mediante resolución judicial podrá disolver el vínculo conyugal.

Herrera (2005) indica que tomando en cuenta el artículo 348 del actual Código podemos decir que el divorcio es una institución del Derecho de Familia que consiste en la disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial, por causas establecidas en la ley y que pone fin a la vida en común de los esposos. Ello implica la ruptura total y definitiva del lazo conyugal.

2.2.14.1. Naturaleza jurídica

La disolución de un matrimonio tiene lugar cuando el vínculo válido preexistente se extingue -ex nunc— por causa sobrevenidas al acto de celebración. Esto supone que el matrimonio nació mediante un acto jurídico sano y que el vínculo conyugal así creado produjo sus consecuencias jurídicas propias; pero, en un instante de devenir surge alguna eventualidad que determina el cese de su existencia por lo que, a partir de ese momento, desaparece el vínculo y, por ende, dejan de producirse todos los efectos que de él emergen.

Tales presiones sirven para marcar las diferencias respecto de la nulidad:

En la nulidad no hay un matrimonio válido que se extingue. Sino una apariciencia que se esfuma. Mientras con la disolución finaliza un matrimonio que tuvo vida legal; en cambio, con la anulación no termina sino que se constata que jamás hubo vínculo jurídico. En caso de nulidad, el matrimonio no nació porque el acto constitutivo adolecía de un defecto sustancial.

Como hay un vicio en el origen, el pronunciamiento judicial que declara la nulidad tiene efectos -ex tunc, o sea, se retrotraen a la fecha de su celebración, con las importantes excepciones que se establecen en los matrimonios putativos.

2.2.14.3. Causales de divorcio

Las causas de divorcio que consagra el código, podrían clasificarse así: absolutas o perentorias; relativas o facultativas.

Son Absolutas: Aquellas causas fundadas en hechos que bastan por sí solos para

originar la causal, sin que deban ser sometidos a una apreciación relacionada con modalidades subjetivas de los cónyuges. Se presume que determinados actos imposibilitan legítimamente al cónyuge ofendido para continuar la vida conyugal.

Son Relativas. Aquellas que se hallan sometidas, para fundar el divorcio, a la interpretación judicial en cada caso concreto. El juez decide, habida consideración del carácter, personalidad, educación y otras condiciones subjetivas de los esposos, si la realización de los hechos contemplados en las causales mencionadas imposibilitan a los cónyuges para continuar la vida en común. Los incs. 2 y 4 del art. 333 del Código Civil, ejemplifican el concepto expuesto.

2.2.14.3. 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 12l.

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.

El art. 6 de la ley 27495, modifica el Artículo 354 del Código Civil, incluyendo la causal de separación del 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.

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:

El principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente determinable, esto es que no requiere tipificación de conductas culpables.

La existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial (se desecha así la determinación taxativa de causales).

La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible: el conflicto matrimonial.

Peralta (1996) indica que 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.

Herrera (2005) indica 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.

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.

Asimismo 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.

2.2.14.4. El rol del Ministerio Público en el proceso de divorcio por causal

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 establece 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 .

Dentro de este marco de enunciados se encuentra del 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.

2.2.14.5. La consulta en el proceso de divorcio por causal

Es el trámite ordenado por ley en virtud del cual una sentencia que no ha sido apelada, al tribunal de primera instancia está obligado a elevarlo para que la revise un tribunal superior.

Esta disposición está prevista taxativamente en el artículo 359 del Código Civil, modificada por Ley N° 28384 del 13 de noviembre del 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.

2.2.14.6. Invocación por causal propia

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio; sin embargo, según lo dispuesto por la última parte del inc. 12 del artículo 333, modificado por el artículo 2 de la Ley 27495, no será de aplicación dicho artículo 335, en caso de separación de hecho, pues puede invocarse unilateralmente por el cónyuge, si se quiere –ofensor, es decir por causal propia.

Herrera (2005) indica que según el Código Civil, la separación de cuerpos o el divorcio tiene que demandarlo el cónyuge agraviado, no el agraviante; pero según esta ley, por esta causal de separación de hecho, puede solicitarlo, si se quiere, el propio agraviante.

2.2.14.7. Fenecimiento de la sociedad de gananciales

Como es sabido, el matrimonio tiene dos regímenes patrimoniales: a) el de separación de patrimonios, en el que cada cónyuge conserva la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros; y b) el de la sociedad de gananciales, que existía en el Código Civil de 1936 y subsiste en el de 1984, en el que hay bienes propios y bienes sociales.

Los bienes sociales son los adquiridos después del matrimonio a título oneroso y los bienes propios son los adquiridos antes del matrimonio o dentro de él, pero, a título gratuito, por ejemplo, una donación o una herencia a favor de uno de los cónyuges.

Según Varsi (2004) la sociedad de gananciales según el artículo 319 del Código Civil tiene una fecha de fenecimiento, al prescribirse que: –Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de la notificación de la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.

Este artículo es modificado por el artículo 1 de la Ley 27495, adicionándose el siguiente párrafo: –En los casos previstos en los inc. 5 y 12 del artículo 333, la sociedad de gananciales fenecce desde el momento en que se produce la separación de hecho. Es decir, que en los casos de abandono injustificado del hogar conyugal (inc. 5) y en la separación de hecho de los cónyuges (inc. 12) el fenecimiento de la sociedad de gananciales se da inmediatamente producida la separación de hecho, salvo que ésta se haya realizado antes de la entrada en vigencia de la Ley 27495, en cuyo caso la sociedad de gananciales debe entenderse fenecida a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, vale decir, desde el 8 de julio del año 2001.

Cornejo (1999) indica que esta situación podría dejar en total desamparo a la familia, posibilitando el abuso del cónyuge que se va del hogar, ya sea bajo la figura del abandono injustificado o el retiro voluntario, por lo que debe ser evaluado en el proceso judicial, cautelando los derechos del cónyuge afectado y los de sus hijos menores, puesto que la sociedad de gananciales no puede fenecer automáticamente por decisión y acción unilateral de cualquiera de los cónyuges, máxime si ese momento ya está considerado en el artículo 319 del Código Civil, estableciendo que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la notificación de la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos, entre otras circunstancias.

Por otro lado, no queda claro en esta Ley, los motivos de esta modificación para la separación de hecho y para el abandono injustificado del hogar conyugal, por lo que esta disposición merece mayor discusión y análisis a fin de buscar mayor protección de quienes resulten afectados por la separación, máxime si se tiene en cuenta, por lo estudios realizados, que son los varones quienes abandonan o se retiran del hogar conyugal, siendo las mujeres y los hijos menores quienes se quedan en situación desventajosa.

2.2.14.8. Régimen de la patria potestad y de los alimentos

Según el artículo 3 de la Ley 27495 se modifica el artículo 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 conveniente, 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.

2.2.14.9. Indemnización en caso de perjuicio

La Ley N° 27495, en su artículo 4, incorpora el artículo 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 causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Al respecto Peralta (1996) indica que 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 artículo 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras (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.

La segunda, es que el juez, velando 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. Consideramos que la expresión -el daño personal, se debe referir al concepto de -daño a la

personall que prescribe el artículo 1985 del Código Civil.

Según Varsi (2004) parecería ser que cuando la norma dice incluyendo el daño personall, 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.

Algunos consideran que estas medidas protectoras del cónyuge perjudicado hacen notar que no se ha pasado a la concepción del divorcio remedio, porque son obligaciones que hay que cumplir. En mi concepto si se ha pasado al divorcio remedio, pese a estas obligaciones, porque el cónyuge demandante lo que desea es divorciarse y si para ello tiene que haber pasado alimentos al cónyuge o a los hijos, lo dará y si tiene que dar una indemnización, igualmente lo dará y si tiene que adjudicarle preferentemente la parte que le corresponde de la sociedad de gananciales, al cónyuge perjudicado, también lo hará, máxime, cuando lo que se le va a adjudicar es el 50% de las bienes de la sociedad conyugal, porque lo que se adjudica no son todos los bienes en su integridad, ya que el cónyuge demandante o perjudicante, según al lenguaje del legislador, *contrario sensu* a cónyuge perjudicado, lo que quiere es liberarse del matrimonio para comenzar otro proyecto de vida o solucionar su situación jurídica familiar.

Peralta (1996) sostiene que los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.

2.2 Marco Conceptual

Este punto gira en torno a los siguientes conceptos:

Calidad. Es cumplir con los requerimientos que necesita el cliente con un mínimo de errores y defectos. Definición de Calidad en el servicio: Es cumplir con las expectativas que tiene el cliente sobre que tan bien un servicio satisface sus necesidades. (Ledesma, 2008).

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. (Hinostroza, 2001).

Criterio Razonado: Sostiene que el criterio razonado, son pautas normativas lógicas que le permiten a alguien tomar decisiones coherentes o emitir opiniones razonadas. Se emplea también a los fines de clasificar cosas de acuerdo a determinadas [características](#) del objeto considerado. (Chirinos, 2004).

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 (Chirinos, 2004).

Jurisprudencia. Se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder Judicial sobre una materia determinada (Chirinos, 2004).

Referentes: Castro (2007) afirma la noción de referente sirve para hacer mención a la persona u objeto que hace referencia o refleja relación a algo. El término suele

aprovecharse para nombrar a quien sobresale y es, por lo tanto, un exponente o un símbolo dentro de un determinado ámbito.

Sana crítica: Denominación dada a la libertad de criterio con que cuenta la autoridad jurisdiccional para resolver la litis y valorar las pruebas con criterio de conciencia, con cargo a fundamentar las decisiones tomadas (Chanamé, 2009).

Valoración: Montero (2003) indica que la valoración o apreciación de la prueba judicial es aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor conviccional que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Manifiesta que es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, siendo su importancia extraordinaria.

.

III.

METODOLOGÍA

3.1. Tipo y nivel de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Es cuantitativo, porque la investigación ha partido del planteamiento de un problema delimitado y concreto; versa sobre aspectos específicos externos del objeto de estudio, y el marco teórico que guía el estudio ha sido elaborado sobre la base de la revisión de la literatura (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

3.1.2. Nivel de investigación

Exploratorio descriptivo. Exploratorio, porque el objetivo ha sido examinar una variable poco estudiada; no se han hallado estudios similares realizados, con una propuesta metodológica similar. Se orienta a familiarizarse con la variable y tiene como base la revisión de la literatura que contribuye a resolver el problema de investigación. Descriptivo, porque el procedimiento aplicado ha permitido recoger información de manera independiente y conjunta, su propósito ha sido identificar las propiedades o características de la variable en estudio (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Ha sido un examen intenso del fenómeno, bajo la luz de la revisión permanente de la literatura (Mejía, 2004). La intención ha sido, verificar si el objeto de estudio, en el caso concreto las sentencias, evidencian en forma expresa o tácita los parámetros previstos para medir su calidad.

3.2. Diseño de investigación

No experimental, transversal, retrospectivo. No experimental; porque no existe manipulación de la variable; sino observación del fenómeno tal como se dan en su contexto natural, para posteriormente analizarlos. Los datos reflejan la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador. Retrospectivo, porque la planificación de la toma de datos se han efectuado de registros (sentencia) donde el investigador no tiene participación. En el caso concreto, la evidencia empírica está referida a una realidad pasada. Transversal, porque el número de ocasiones en que se ha medido la variable es una vez; lo que significa que el recojo de datos se ha

realizado en un momento exacto del transcurso del tiempo (Hernández, Fernández & Batista, 2010). También se le conoce como transeccional (Supo, s.f.).

3.3. Objeto de estudio y variable en estudio

El objeto de estudio, comprende a las sentencias de primera y segunda instancia sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho existentes en el expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02, perteneciente al Segundo Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Piura, del Distrito Judicial de Piura. La variable en estudio ha sido: la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia.

3.4. Fuente de recolección de datos. Ha sido el expediente judicial N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02, perteneciente al Segundo Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Piura, del Distrito Judicial de Piura. Seleccionado de acuerdo a la técnica por conveniencia, que es un muestreo no probabilístico; porque se elige en función a la experiencia y comodidad del investigador (Casal, 2003).

3.5. Procedimiento de recolección y plan de análisis de datos. Se ejecuta por etapas o fases, conforme sostienen Do Prado, De Souza y Carraro; (2008), y consiste en:

3.5.1. La primera etapa es abierta y exploratoria. Se trata de una actividad que consiste en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, guiado por los objetivos; donde cada momento de revisión y comprensión es una conquista, un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concreta, el contacto inicial para la recolección de datos.

3.5.2. La segunda etapa es más sistematizada, en términos de recolección de datos. También es una actividad, orientada por los objetivos y la revisión permanente de la literatura, facilita la identificación e interpretación de los datos existentes en el fenómeno en estudio, utilizando las técnicas de la observación y el análisis de contenido trasladando, a su vez, los hallazgos en forma fidedigna a un registro (hojas digitales) para asegurar su coincidencia.

3.5.3. La tercera etapa consiste en un análisis sistemático. Es una actividad observacional analítica de nivel profundo orientado por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura.

En la presente investigación, el fenómeno u objeto de estudio han sido las sentencias de primera y segunda instancia, que poseen un contenido, un conjunto de datos, a los que el investigador se ha aproximado gradual y reflexivamente, orientado por los objetivos específicos, utilizando las técnicas de la observación y el análisis de contenido; articulando los datos con la revisión permanente de la literatura.

Al concluir el análisis, los resultados están organizados en Tablas, donde se observa la evidencia empírica existente en el objeto de estudio; la variable y las dimensiones.

3.6. Consideraciones éticas. El investigador está sujeto a lineamientos éticos básicos de objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, relaciones de igualdad, así como a evidenciar un análisis crítico (Universidad de Celaya, 2011). Es decir, que ha asumido compromisos éticos durante todo el proceso de investigación; para cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Gaceta Jurídica, 2005).

3.7. Rigor científico. Se tiene en cuenta la confirmabilidad y la credibilidad; con el propósito de minimizar sesgos y tendencias del investigador, y poder rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

RESULTADOS PREMIMINARES

CUADRO N° 1

Parte expositiva de la sentencia de Primera Instancia sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, Expte. N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 - Distrito Judicial de Piura - Piura, para determinar su calidad con énfasis en la Introducción y la Postura de las partes

PARTE DEL OBJETO DE ESTUDIO	EVIDENCIA EMPÍRICA (texto exacto de la parte pertinente)
<p>PARTE EXPOSITIVA (Desde el encabezamiento)</p>	<p>EXPEDIENTE: 204-09-FC (2008-00647-0-2001-JR-FA-2) DEMANDANTE: JAVIER DE J. OTOYA P. DEMANDADO: PATRICIA MERINO A. MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL. SECRETARIO: ARTURO NUÑEZ PULACHE. RESOLUCION: CATORCE (14) PIURA, VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL NUEVE.-</p> <p>VISTOS, con las causas sobre alimentos y Aumento de Alimentos, seguida entre las partes;</p> <p>Resulta de autos que de fojas dieciséis a fojas dieciocho y ofreciendo los medios probatorios correspondientes a su defensa ; comparece por ante este despacho solicitando tutela jurisdiccional efectiva don Javier de Jesús Otoya Payba demandado divorcio por la causal de separación de hecho acción que la dirige contra su cónyuge doña Patricia Merino Ato para que en su oportunidad se declare disuelto en vinculo matrimonial contraído entre las partes .Fundamenta su petitorio que contrajo matrimonio en el año de mil novecientos ochenta y nueve , procreando dos hijas una mayor de edad y una adolescente , que el trato de mantener un equilibrio en su hogar , pero la cónyuge hacia referencia al status de su familia , menospreciando la labor que desempeñaba como chofer de transporte público ; en el año de 1993 aduciendo que no estaba preparada para afrontar las responsabilidades de un matrimonio e imputándole mal carácter, que no era otra cosa que pedirle</p>

	<p>que asumiera su responsabilidad en el matrimonio , se marchó del hogar , demandándolo por alimentos en el año de 1997, encontrándose separados hace más de diez años , teniendo a la fecha serios problemas de salud , habiendo tenido que vender su vieja unidad automotriz por ser muy antigua , no obstante se encuentra al día con los alimentos .</p> <p>Tramitada con arreglo a la naturaleza del proceso de conocimiento, se admite a trámite por resolución numero uno de fojas diecinueve, la parte emplazada contesta la demanda por escrito de fojas treinta y cinco a fojas treinta y ocho solicitando se declare improcedente, fundamentando que la separación del hecho que aduce su cónyuge no se condice con la realidad del acontecer conyugal, que él no prueba la separación con medio probatorio idóneo. Que sus dos hijas permanecen bajo su cuidado , que el hogar conyugal se fijo en casa de su progenitora , para más adelante vivir en el AA.HH 18 de mayo , como no estaba terminada, regreso a la casa de su progenitora hace cinco años , al tener nuevo compromiso con vivencial con tercera persona procreando dos niñas desatendiéndose de su familia , por lo que lo demando por alimentos , y al mantener buenas relaciones con sus hijas y con ella acude a su casa de continuo manteniendo intimidad , por lo que no se da la causal de separación invocada . Por resolución de fojas cincuenta y tres se declaro rebelde al ministerio público, la audiencia de conciliación se lleva adelante a fojas cincuenta y siete con la presencia de las partes, la audiencia de pruebas a fojas setenta y cuatro y setenta y cinco con los alegatos formulados por las partes, ha llegado el momento de expedir sentencia correspondiente;</p>
--	---

Fuente: Sentencia Primera Instancia-Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02

LECTURA. El cuadro N° 1, revela el contenido de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia existente en el Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Piura – Piura, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

CUADRO N° 2

Parte considerativa de la sentencia de primera instancia sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, Expte. N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 - Distrito Judicial de Piura - Piura, para determinar su calidad con énfasis en la Motivación de los Hechos y la Motivación del Derecho aplicado

PARTE DEL OBJETO DE ESTUDIO	EVIDENCIA EMPÍRICA
PARTE CONSIDERATIVA	<p>I CONSIDERANDO:</p> <p>PRIMERA : La ley 27495 incorpora modificaciones importantes en el libro tercero del código civil , principalmente se introducen nuevas causales de divorcio prevista para el caso concreto en el numeral 11 del artículo 333 del acotado , como es la Separación de Hecho , propia del sistema del divorcio remedio , flexibilizándose el carácter mixto de nuestro sistema , frente a aquellos relacionados matrimoniales que han dejado de cumplir con sus fines , como la vida común y todo aquello que deriva de una relación armónica como el apego , la fidelidad , el cuidado de la familia y de un cónyuge respecto del otro , en definitiva un proyecto de una vida matrimonial.</p> <p>SEGUNDA: Con el acta de matrimonio de fojas seis, se acredita el vinculo matrimonial contraído entre las partes el día veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve por ante la Municipalidad Provincial de Piura.</p> <p>Con las actas de nacimiento de fojas siete y ocho, se acredita la preexistencia de las dos hijas de la pareja , contando Bertita Vanessa Otoya merino con diecisiete años de edad.</p> <p>Con el acta de nacimiento de fojas cincuenta de la causa sobre Aumento de Alimentos (n° 2004-00447) se acredita la preexistencia de Tifany Nicole Otoya Guardado de cinco años de edad, y su hija Angie, si bien el acta de nacimiento no obra en autos, la cónyuge hace referencia a sus dos hijas, en su escrito de contestación de demanda, fojas treinta y seis, habidas de su relación con tercera persona distinta a su consorte.</p> <p>TERCERA: La separación de hecho como causal no inculpatoria u objetiva de divorcio, se sustenta en el incumplimiento de los deberes de los cónyuges del matrimonio como es la vida en común es decir los cónyuges no han compartido el lecho, el techo y la mesa, es la negociación de la vida en común en domicilio conyugal.</p>

	<p>CUARTA : Ese incumplimiento de la vida en común como deber de los cónyuges, el cese efectivo de la convivencia se prueba con los tres procesos : alimentos y aumento de alimentos seguidos entre las partes , que data primero del año de 1997 , se acerca en su cuarto considerando de su escrito de demanda de fojas ocho , que a la letra dice : - de un tiempo a la fecha , por los maltratos y agresiones de parte del emplazado , nos encontramos separados de hecho... </p> <p>Así también en el proceso de Aumento de alimentos (2004-00447) en el tercer considerándole su escrito de demanda de fojas veinticinco refirió: -todo lo que le rinde ingresos fijos superiores a los cuatro mil soles mensuales , lo que le permite disfrutar de una vida holgada y sin privaciones , a lado de su amante.... </p> <p>QUINTA : Por ello no resulta creíble cuando la demandada refiere en su escrito de contestación de demanda y en las respuestas primera y segunda de fojas setenta y cuatro en audiencia de pruebas ,cuando contesta : que ahora no estamos separados del todo , porque el señor siempre llega a ver a sus hijas y hacen vida en común , precisa que tienen intimidad con su esposo cuando visita a sus hijas , que llevan una vida de pareja , si ello fuera así , no hubiera procesos judiciales , siendo el ultimo el de dos mil siete. En el presente caso no puede decirse que hay comunidad de vida entre marido y mujer , la vida común no solo importa la cohabitación , sino el debito conyugal , que no existe , al haber formado el cónyuge otra familia ; dándose el elemento objetivo de la separación de hecho , esto es la falta de convivencia, que implica ausentarse del hogar conyugal con la sola voluntad de la cónyuge que se retiro por decisión unilateral , para sustraerse al cumplimiento de las relaciones personales de los cónyuges.</p> <p>SEXTA: El otro elemento es temporal, hay una separación ininterrumpida, sin solución de continuidad de los cónyuges y en el presente caso superado los cuatro años, así lo corrobora la cónyuge al contestar la octava pregunta de fojas setenta y cuatro: que el demandado ha iniciado su relación aproximadamente en el dos mil uno, y al responder la pregunta novena dijo: -que desde hace siete años no duermen bajo el mismo techo... </p> <p>SETIMA: Respecto a los alimentos el obligado se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia, que se fijara para la conyuge y sus hijas, debiendo ser un proceso de la misma naturaleza donde se aclare si efectivamente la cónyuge tiene estado de necesidad o no para seguir percibiendo una pensión alimenticia.</p> <p>OCTAVA : En un asunto vital que han de considerar los progenitores cuya vida en común no es tal desde</p>
--	--

	<p>hace tiempo , que refuercen las relaciones con aquel hijo que no se comparte la vida ni los momentos especiales en la vida del padre y del hijo , es por ello que se hace necesario que la familia cumpla parte de sus funciones como la crianza , comunicación , relación , fijándose un régimen de visitas que fortalezca los lazos familiares , considerando la etapa de la adolescencia de su hija , que requiere de la presencia paterna no solo físicamente sino también afectivamente.</p> <p>NOVENA : En cuanto a la indemnización por daño moral peticionada por la cónyuge en el punto sexto de su demanda , en autos el cónyuge no ha probado que su cónyuge tenga otra pareja , al no continuar una vida juntos , se ha truncado el proyecto de vida matrimonial que todos tenemos al contraer matrimonio , dándose así los presupuestos de la causal invocada en la que el matrimonio dejó de cumplir con su finalidad , correspondiéndole a la cónyuge el concepto por indemnización , por lo que en aplicación de lo dispuesto en los artículos IX y X del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes , artículo ochentiocho del acotado ; trescientos dieciocho inciso tercero ; trescientos treinta y tres inciso duodécimo , modificado por la ley numero veintisiete mil cuatrocientos noventicinco ; trescientos cuarenta y ocho del código civil , artículo 9.3 de la convención de las naciones unidas sobre los derechos del Niño , artículo 88 del código de los Niños y Adolescentes e impartiendo Justicia a nombre de la Nación :</p>
--	--

Fuente: Sentencia Primera Instancia-Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02

LECTURA. El cuadro N° 2, revela el contenido de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia existente en el Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Piura – Piura, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

CUADRO N° 3

Parte resolutive de la sentencia de primera instancia sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, Expte. N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 - Distrito Judicial de Piura - Piura para determinar su calidad con énfasis en la Aplicación del Principio de Congruencia y la Descripción de la decisión

PARTE DEL OBJETO DE ESTUDIO	EVIDENCIA EMPÍRICA
PARTE RESOLUTIVA	<p>FALLO: declarando Fundada la demanda incoada por don Javier de Jesús toya Payba con doña Patricia Merino Ato sobre Divorcio por la causal de Separación de Hecho, en consecuencia disuelto el vinculo matrimonial contraído entre las partes el día veintitrés de Noviembre de mil novecientos ochenta y nueve por ante la Municipalidad Provincial de Piura , por fenecida la sociedad de gananciales , fijese por concepto de indemnización por daño a favor de la emplazada la suma de dos mil nuevos soles y en su oportunidad cúrsese oficio a la Municipalidad señalada para la notación respectiva y partes a los Registros Públicos para su inscripción ;</p> <p>FIJESE como Régimen de visitas a favor del progenitor que no tenga la Tenencia:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Los días martes, jueves, sábados, y feriados de nueve de la mañana a cinco de la tarde, pudiendo llevarla a pasear y retornarla a la hora indicada.2. Respecto a la Navidad , Año Nuevo , cumpleaños del progenitor , cumpleaños de su hijo , su hija estará con su progenitor de doce de la mañana a siete de la noche , pudiendo llevarla a pasear ; en caso de no ser apelada , elévese en consulta al superior con la debida nota de atención, con citación .

Fuente: Sentencia Primera Instancia-Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02

LECTURA. El cuadro N° 3, revela el contenido de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia existente en el Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Piura – Piura, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

CUADRO N° 4

Parte expositiva de la sentencia de segunda instancia sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, Expte. N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 - Distrito Judicial de Piura - Piura, para determinar su calidad con énfasis en la Introducción y la Postura de las partes

PARTE DEL OBJETO DE ESTUDIO	EVIDENCIA EMPÍRICA
<p>PARTE EXPOSITIVA (Incluido el encabezamiento)</p>	<p>PRIMERA SALA ESPECIALIZADA CIVIL DE PIURA Expediente: 00840-2009-0(2008-0647-0-2001-JR-FA-2) Materia: Divorcio por causal. Dependencia: Juzgado Transitorio de Descarga de Familia de Piura. SENTENCIA DE VISTA RESOLUCION NÚMERO: VEINTISIETE Piura, doce de octubre de dos mil nueve.- ASUNTO: En el proceso judicial seguido por Otoya Payba Javier de Jesús contra Merino Ato Patricia sobre Divorcio por causal , viene en grado de apelación la sentencia contenida en la resolución numero catorce, de fecha veintiocho de abril de dos mil nueve , de folios ciento diez a ciento trece, concedido por resolución numero dieciséis, de fecha quince de mayo de dos mil nueve. ANTECEDENTES Materia de apelación Viene en grado apelación, la sentencia contenida en la resolución numero catorce, de fecha veintiocho de abril de dos mil nueve, que declara Fundada la demanda interpuesta por Javier de Jesús Otoya Payba contra Merino Ato Patricia sobre Divorcio por causal. Pretensión impugnatoria De folios ciento veinticinco a ciento veintisiete, Patricia Merino Ato, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia , argumentando que la demanda de Divorcio Por la Causal de Separación de Hecho debió declararse Infundada puesto que</p>

	<p>el demandante no ha acreditado con medios probatorios que existe una separación ininterrumpida por más de cuatro años.</p> <p>De folios ciento treinta y seis a ciento treinta y ocho, Javier de Jesús Otoya Payba, interpone recurso de apelación contra la sentencia recurrida, argumentando que fue la demandada quien abandono el hogar, por tanto no le correspondería ningún concepto por indemnización, señala además que el cónyuge perjudicado es el por lo que considera injusto se le interponga una indemnización por el abandono que jamás propicio.</p> <p>Tramite en Segunda Instancia</p> <p>Elevado los actuados, llevada a cabo la vista de la causa, los autos han quedado expedidos para resolver, por lo que la Primera Sala Especializada en lo Civil de Piura, Bajo la ponencia de la Dra. Jacqueline Yalan Leal, y de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal superior en su dictamen, de folios ciento setenta y siete a ciento setenta y uno, por sus propias consideraciones y, atendiendo además a los siguientes:</p>
--	---

Fuente: Sentencia Primera Instancia-Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02

LECTURA. El cuadro N° 4, revela el contenido de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia existente en el Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Piura – Piura, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

CUADRO N° 5

Parte considerativa de la sentencia de segunda instancia sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, Expte. N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 - Distrito Judicial de Piura - Piura, para determinar su calidad con énfasis en la Motivación de los Hechos y la Motivación del Derecho Aplicado

PARTE DEL OBJETO DE ESTUDIO	EVIDENCIA EMPÍRICA
PARTE CONSIDERATIVA	<p>FUNDAMENTOS:</p> <p>1 Aspectos Generales.</p> <p>Primero.- Finalidad del Recurso de Apelación El recurso de apelación tiene por objeto que el Órgano Jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. Dentro de dicho objeto, el órgano jurisdiccional superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada En la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa, de conformidad con los artículos 364° y 370° del Código Procesal Civil.</p> <p>2 Análisis y conclusión de la pretensión impugnatoria.</p> <p>Segundo.- De la argumentación Jurídica El art. 333° inciso 12 del Código Procesal Civil dice que una de las causales de separación de cuerpos 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 (...)</p> <p>Asimismo el art. 345°-A del Código Procesal Civil establece que: - para invocar el supuesto de 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.</p>

El juez velara por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación del 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, independiente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder(...)

Tercero.- En el caso de autos

En primer lugar se debe determinar si en el presente caso se ha cumplido con el requisito establecido en el art. 333° inciso 12) del Código Civil antes mencionado.

De folios seis consta la partida de matrimonio en donde se verifica que el demandante y la demandada contrajeron nupcias el 23 de noviembre de 1989. Asimismo, de folios siete y ocho, obran las partidas de nacimiento de sus hijas que cuentan en la actualidad con 19 y 17 años de edad. Por lo tanto, debe verificarse que la separación de hecho de los cónyuges haya sido por un periodo ininterrumpido de cuatro años; ello se prueba con el proceso judicial de alimentos (Expediente N° 226-1997) y el proceso de aumento de alimentos (Expediente N°00636-2007) ; que constan de folios nueve a once y folios treinta y uno a treinta y cuatro respectivamente.

En segundo lugar, se debe determinar si es que el demandante ha cumplido con sus obligaciones alimentarias tal como establece el artículo 345°-A del Código Civil para que pueda invocar el inciso 12) del artículo 333° del mismo cuerpo legal; y ello se verifica en la declaración de parte de la demandada, en donde expresamente ha dicho que el demandante si se encuentra al día en las pensiones alimenticias.

Cuarto.- En cuanto a la indemnización en beneficio del cónyuge mas perjudicado establecida en el articulo 345°- A del Código Civil debe precisarse que la parte demandada, en el numeral 6) de su contestación de la demanda, de folios treinta y cuatro, ha invocado su condición de cónyuge perjudicado; sin embargo resulta necesario indicar que no hay evidencia de la misma, puesto que la demanda no ha aportado prueba alguna que acredite que ha sufrido un menoscabo en su persona, ni

	<p>mucho menos que le haya generado alguna consecuencia psicológica, moral o espiritual imposible de superar; por lo tanto, no se configura el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, ello concordado con el Artículo 188° del Código Procesal Civil el cual 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”.</p> <p>Quinto.- En conclusión</p> <p>Después de haber estudiado los actuados, este Colegiado concluye que se ha cumplido con el presupuesto establecido en el artículo 333° inciso 12) del Código Civil, en virtud del cual se debe declarar Fundada la demanda y por lo tanto disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad de gananciales.</p> <p>Asimismo, respecto de la indemnización en beneficio del cónyuge mas perjudicado solicitada por el demandante, de acuerdo al artículo 345°- A del Código Civil se advierte que no ha presentado medios probatorios que causen convicción al juez para amparar su solicitud, por lo que en este extremo se debe revocar.</p> <p>En cuanto al régimen de visitas, se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 80° del código de Niños y Adolescentes, concordado con el Artículo IX del Título Preliminar del mismo cuerpo legal.</p>
--	--

Fuente: Sentencia Primera Instancia-Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02

LECTURA. El cuadro N° 5, revela el contenido de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia existente en el Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Piura – Piura, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

CUADRO N° 6

Parte resolutive de la sentencia de segunda instancia sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, Expte. N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 - Distrito Judicial de Piura - Piura, para determinar su calidad con énfasis en la Aplicación del Principio de Congruencia y la Descripción de la decisión

PARTE DEL OBJETO DE ESTUDIO	EVIDENCIA EMPÍRICA
PARTE RESOLUTIVA	<p>Por las consideraciones precedentes, de conformidad con los dispositivos legales citados.</p> <p>Decisión: Confirmaron en parte la sentencia contenida en la resolución numero catorce, de fecha veintiocho de abril de dos mil nueve, de folios ciento diez a ciento trece, que declara FUNDADA la demandada interpuesta por Javier de Jesús Otoya Payba contra Patricia Merino Ato sobre divorcio por causal de separación de hecho, en consecuencia disuelto el vinculo matrimonial contraído entre las partes el veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve , fíjese como régimen de visitas días martes, jueves, sábados y feriados de nueve de la mañana a cinco de la tarde y respecto a la navidad y año nuevo , cumpleaños del progenitor , cumpleaños de su hija , la menor estará con su padre de doce de la mañana a siete de la noche pudiendo llevarla a pasear; Y REVOCAR en el extremo de la indemnización por daños a favor de la emplazada por la suma de dos mil nuevos soles; y REFORMANDOLA se resuelve declarar INFUNDADA ; devolviéndose al juzgado de origen con la formalidades de ley; en los seguidos por Javier de Jesús Otoya Payba contra Patricia Merino Ato sobre divorcio por causal de separación de hecho. Avocándose al conocimiento de la presente causa los magistrados que suscriben por reconfirmación del Colegiado y de conformidad con Resolución Administrativa N° 002-2009-P-CSJP/PJ.-</p>

Fuente: Sentencia Primera Instancia-Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02

LECTURA. El cuadro N° 6, revela el contenido de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia existente en el Expediente N° 00647-2008-0-2001-JR-FC-02 del Distrito Judicial de Piura – Piura, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

4.2. Análisis de los resultados

Respecto de la sentencia de primera instancia

En relación a la parte expositiva.

El encabezamiento de la primera instancia, comprende los siguientes elementos: N° de Expediente, materia, especialista judicial, identificación de las partes, N° de resolución y lugar y fecha de emisión, consignando los datos exigibles de conformidad con el numeral 122° del Código Procesal Civil; sin embargo, se puede observar que sólo se ha consignado la primera letra del segundo apellido del demandante y demandado, algo que no se debería dar puesto que el precitado artículo del CPC prohíbe la utilización de abreviaturas en el encabezamiento. Este encabezamiento, muestra el interés del órgano jurisdiccional por cumplir lo establecido en el cuerpo legal procesal, pese a que muchas veces por la premura del tiempo, sólo se consigne el pre nombre y primer apellido de las partes. Respecto de la resolución expedida en primera instancia, la pretensión de la parte demandante Javier Otoya Paiba, acude al Órgano Jurisdiccional para solicitar Tutela Jurisdiccional efectiva, amparándose en el artículo I del Título preliminar del CPC, por lo cual expone en su demanda, los fundamentos de hecho y derecho que motivaron la misma. Expone su pretensión en concreto, esto es, que se declare el Divorcio por causal de separación de hecho con su consorte Patricia Merino Ato, por tener más de diez años separados y ambos haber formado nuevas familias. Por otro lado, la demandada Patricia Merino Ato contesta la demanda y solicita que dicha demanda sea declarada improcedente, por no presentar medio probatorio idóneo de la causal.

En relación a la parte considerativa.

Respecto a la Motivación de los hechos se aprecia que el Juez respalda su decisión en el artículo 198 del CPC, donde se señala: -Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro, pues, toma las declaraciones de la emplazada en los procesos de alimentos para fortalecer la causal invocada por el accionante, con ello se aplica el Principio de la Motivación de las Resoluciones Judiciales y que, según Cabrera C. (s.f.), tiene por finalidad la justificación de la decisión judicial, que es la conclusión de un silogismo, que muestra la corrección del razonamiento lógico que conduce a la premisa mayor, conformada por la norma y la premisa menor, por el

hecho histórico y la conclusión. A lo que debemos agregar, que la motivación es fundamental para la protección de los derechos humanos, y además, es una garantía indispensable para el respeto al debido proceso. Respecto de la valoración de las pruebas, en base al –Principio del debido proceso se valoran las pruebas, en base a la unidad del material probatorio, confrontándose unos con otros con la finalidad que la decisión final sea una síntesis de la totalidad de los medios de prueba. motivación jurídica invocada por el juez es pertinente para el caso aplicado, al señalar que de la Ley N° 27495 es de donde emana la introducción de esta causal en el artículo 333° CC. Además, se pronuncia en cuanto a la indemnización, aunque omite pronunciar la norma legal en la que se ampara, que es el artículo 345-A CC, que prescribe –indemnización en caso de divorcio por separación de hecho al cónyuge perjudicado.

En relación a la parte resolutive.

Respecto de la resolución expedida en primera instancia, los elementos de Principio de Congruencia hallados, se evidencia que éste se ha aplicado, puesto que –El juez no puede darle a una parte más de lo que ésta pide. Esto, a decir de Bernuy R. (2012), delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones propuestas. En la sentencia de primera instancia, se evidencia que se cuenta con los elementos de decisión puesto que contiene la decisión o fallo y esta no contiene más, ni algo distinto, de lo pedido por el demandante, sin embargo, el Juzgador adoptó una postura distinta a la normalmente adoptada por el órgano jurisdiccional- tal como se deja entrever de las distintas jurisprudencias- al otorgar un monto indemnizatorio a la demandada, sin haberse probado en proceso la necesidad de ésta.

En relación a la sentencia de segunda instancia

En relación a la parte expositiva.

el encabezamiento de segunda instancia, comprende los siguientes elementos: N° de Expediente, materia del proceso, N° de resolución y lugar y fecha de emisión, pero se omite consignar la identificación de las partes y del auxiliar jurisdiccional, lo cual es

exigible de conformidad con el numeral 122° del Código Procesal Civil; ésta situación puede haber ocurrido porque se trabaja con plantillas o puede tratarse de omisión inadvertida, de modo que cualquier lector para identificar al órgano jurisdiccional emisor tendría que examinar la parte final, ya que en ella se registra la firma del juzgador y el auxiliar jurisdiccional. Respecto de la resolución expedida en segunda instancia, los resultados evidencian que se han descrito las pretensiones impugnatorias del demandante Javier Otoya Paiba, y la demandada Patricia Merino Ato. A su vez, los resultados evidencian que se ha descrito la decisión de la resolución impugnada, la cual ha declarado fundada la demanda de divorcio, pero revocando el pago de indemnización a favor de la demandada.

En relación a la parte considerativa.

La motivación de los hechos se da en base a la parte que será revocada posteriormente, esto es, la indemnización por menoscabo a la persona demandada. Los dispositivos legales utilizados como respaldo de la sentencia en segunda instancia, son pertinentes toda vez que tiene en cuenta los puntos en los que se basa el recurso los cuales son: la falta de medio probatorio idóneo tanto para la declaración de divorcio por causal de separación de hecho, y la falta de prueba idónea para la fijación de la indemnización. Respecto de la valoración de las pruebas, en base al -Principio del debido proceso se valoran las pruebas, en base a la unidad del material probatorio, confrontándose unos con otros con la finalidad que la decisión final sea una síntesis de la totalidad de los medios de prueba. Además, el artículo 197° del CPC, dispone que todos los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta por el juez, utilizando su apreciación razonada; algo que ha sido aplicado en la sentencia en estudio. Además, el demandante ha cumplido con presentar la prueba de existencia del matrimonio: el Acta de celebración del mismo, según lo estipulado en el artículo 269° del CC. De ello se evidencia, la aplicación de los principios que rigen la valoración de la prueba, es decir, legitimidad, unidad, comunidad y carga de la prueba.

En relación a la parte resolutive.

Respecto del Principio de Congruencia, en segunda instancia, se advierte que ha sido

aplicado de acuerdo a los fundamentos planteados por los recurrentes, resolviendo sus pretensiones de acuerdo al artículo 370° del CPC, que prescribe la prohibición de la *-reformatio in peius* si sólo una parte apela. En este caso, ambas partes son apelantes y el juez superior confirma la disolución del vínculo matrimonial y revoca la indemnización a favor de la demandada, precisando que no se probó en proceso. Esta decisión de confirmar o revocar es facultad del Juez y está recogida en el artículo 364 del CPC. Los resultados evidencian entonces, la aplicación del Principio de Congruencia Procesal en ésta resolución, el cual, a decir de Rioja B., no solo implica que el Juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados; sino además, la obligación de los magistrados de pronunciarse respecto a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus medios impugnatorios. En éste sentido, los resultados evidencian, conforme a la absolución del grado, que el Ad quem resuelve CONFIRMAR la sentencia en el extremo de la disolución del vínculo matrimonial y REVOCAR el pago de la indemnización por daño moral a favor de la demandada Patricia Merino Ato

V
CONCLUSIONES

De acuerdo a los resultados, preliminares se puede esbozar la siguiente conclusión

Sobre la sentencia de primera instancia:

De acuerdo a lo expuesto en la parte expositiva, considerativa y resolutive que se ha expuesto a la sentencia de primera instancia se le puede atribuir una calidad de mediana

Sobre la sentencia de segunda instancia:

De acuerdo a lo expuesto en la parte expositiva, considerativa y resolutive que se ha expuesto a la sentencia de segunda instancia se le puede atribuir una calidad de muy alta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, M. (2005). El principio protectorio o de protección. México Editorial Porrúa.
- Arenas López, M. y Ramírez Bejarano, E. (2009). *La argumentación jurídica en la sentencia*, Contribuciones a las Ciencias Sociales, (pp. 1 -54). Cuba: Universidad de las Tunas.
- Alzamora Valdez, M. (2001). Derecho procesal civil. Buenos Aires. Ediciones Eddilio.
- Biagio Brugi (1946). *Instituciones de Derecho Civil*. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana: México.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *Derechos Fundamentales y Proceso Justo* (1º ed.). Lima: ARA Editores.
- Cajas, W. (2008). Código Civil y otras disposiciones legales. 15ª. Edición. Lima. Editorial Rodhas.
- Casal, J. y et al.(2003). *Tipos de Muestreo*. CReSA. Centre de Recerca en Sanitat Animal / Dep. Sanitat i Anatomia Animals, Universitat Autònoma de Barcelona, 08193-Bellaterra, Barcelona. *Epidem. Med. Prev* (2003), 1: 3-7.
- Castillo Quispe, M. y Sánchez Bravo, E. (2010). *Manual de Derecho Procesal Civil* (1º ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Código Civil. (2010). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Coraminas Joan (1961). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*,

Biblioteca Románica Hispánica. Editorial: GREDOS S.A

- Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho de Familiar Peruano*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- Chamorro Bernal, F. (1994). *La Tutela Judicial Efectiva, Derechos y Garantías Procesales*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.
- Do Prado, De Souza y Carraro. (2008). *Investigación cualitativa en enfermería: contexto y bases conceptuales*. Organización Panamericana de la Salud. Washigton.
- Fernández Sessarego, C. (2001). *Derecho y Persona, Introducción a la Teoría del Derecho* (4° ed.). Lima: Editorial Grijley.
- Franciskovic Ingunza, B. (2004). *La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho*. Lima: Editorial ARBITRA PERU.
- Fidias G, A. (1999). *El proyecto de investigación, Guía para su elaboración* (3° ed.). Caracas: Oriol Ediciones.
- Gonzales, J. (2006). *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*. *Rev. chil. derecho* [online]. 2006, vol.33, n.1, pp. 93-107. ISSN 0718-3437. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0718-34372006000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Hernández, Fernández & Batista. (2010). *Metodología de la Investigación*. 5ta. Edición. Editorial Mc Graw Hill. México.
- Herrera Navarro, S. (2005). *Proceso de Divorcio*. Segunda Edición. Lima. Editorial Marsol. Lima – Perú. 2005.

- Herrera Vielma, H. (2001). *Juicio, Procedimiento y Proceso Teórico General*.
Monclova, México: Editorial Coahuila.
- Idrogo Delgado, T. (1999). *Principios fundamentales del Derecho Procesal* (2º ed.).
Trujillo: Editorial Marsol.
- León Pastor, R. (2008). *Manual de Resoluciones Judiciales. Academia de la
Magistratura (AMAG). Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de
Justicia del Perú (JUSPER*. Lima-Perú: AMAG.
- Linares, J. (1970). *Razonabilidad de las Leyes, El “debido proceso” como garantía
innominada en la Constitución* (2º ed. Actualizada). Buenos Aires:
Editorial Astrea.
- Mejía J. Sobre la Investigación Cualitativa. Nuevos Conceptos y campos de
desarrollo. Recuperado de:
- Morales Godos, J. (2005). *Instituciones de derecho procesal*. Lima: Palestra Editores
SAC.
- Nieto, A. (2000). *El arbitrio Judicial*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho.
- Ossorio, M. (2003). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* (23º ed.).
Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL.
- Palma Encalada, L. (2005). *El debido proceso sustantivo como instrumento para
asegurar una sentencia justa*.
- Peralta Andía, J. (1996). *El Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima. Editorial

Idemsa.

Pérez Leal, O. (2010, Diciembre 03). De: Como redactar el análisis de los resultados.

Recuperado de <http://asesoriatosis60@gmail.com>.

Quiroga León, A. (2003). *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, Jurisprudencia*.

Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Ramos Bohórquez, M. (2008). *Constitución Política del Perú actualizada con sus últimas modificatorias* (1° ed.). Lima: Editorial Berrio.

Romo, J. (2008). *La ejecución de sentencias en el proceso civil como derecho a la Tutela Judicial Efectiva*". (Tesis de Maestría, Universidad Internacional de

Andalucía) . Recuperado de <http://dspace.unia.es/handle/10334/79>

Salas Minor, E. (2005). *¿Qué significa fundamentar una sentencia?*, Facultad de Ciencias Jurídicas: Universidad de Costa Rica. Editorial: Múnich XIV, 391 pp.

Supo, J. (2010). *Seminarios de investigación científica. Tipos de investigación*.

Disponible en <http://seminariosdeinvestigacion.com/tipos-de-investigacion/>

Taylor, S. y Bogdan, R. (1980). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación* (III ed.). Barcelona: Editorial Paidós.

Ticona Postigo, V. (1999). *El debido proceso y la demanda civil* (2° ed.). Lima: Editorial Rhodas.

Universidad de Celaya. (2011). *Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya*. Centro de Investigación. México.

Varsi Rospligiosi, E. (2004) Divorcio, Filiación y patria potestad. Lima. Editorial Jurídica Grijley.

Vescovi, E. (1999). Teoría general del proceso. Bogotá. Editorial Temis S.A.

Monroy Gálvez, Juan, Libro Las excepciones en el Código Civil Peruano.

(octubre, 2009). Alexander Rioja Bermúdez. Derecho procesal civil.

A

N

E

X

O

S

EXPEDIENTE: 204-09-FC (2008-00647-0-2001-JR-FA-2)

DEMANDANTE: JAVIER DE J. OTOYA P.

DEMANDADO: PATRICIA MERINO A.

MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL.

SECRETARIO: ARTURO NUÑEZ PULACHE.

RESOLUCION: CATORCE (14)

PIURA, VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL NUEVE.-

VISTOS, con las causas sobre alimentos y Aumento de Alimentos, seguida entre las partes;

Resulta de autos que de fojas dieciséis a fojas dieciocho y ofreciendo los medios probatorios correspondientes a su defensa ; comparece por ante este despacho solicitando tutela jurisdiccional efectiva don Javier de Jesús Otoya Payba demandado divorcio por la causal de separación de hecho acción que la dirige contra su cónyuge doña Patricia Merino Ato para que en su oportunidad se declare disuelto en vinculo matrimonial contraído entre las partes .Fundamenta su petitorio que contrajo matrimonio en el año de mil novecientos ochenta y nueve , procreando dos hijas una mayor de edad y una adolescente , que el trato de mantener un equilibrio en su hogar , pero la cónyuge hacia referencia al status de su familia , menospreciando la labor que desempeñaba como chofer de transporte público ; en el año de 1993 aduciendo que no estaba preparada para afrontar las responsabilidades de un matrimonio e imputándole mal carácter, que no era otra cosa que pedirle que asumiera su responsabilidad en el matrimonio , se marchó del hogar , demandándolo por alimentos en el año de 1997, encontrándose separados hace más de diez años , teniendo a la fecha serios problemas de salud , habiendo tenido que vender su vieja unidad automotriz por ser muy antigua , no obstante se encuentra al día con los alimentos .

Tramitada con arreglo a la naturaleza del proceso de conocimiento, se admite a trámite por resolución numero uno de fojas diecinueve, la parte emplazada contesta la demanda por escrito de fojas treinta y cinco a fojas treinta y ocho solicitando se declare improcedente, fundamentando que la separación del hecho que aduce su cónyuge no se condice con la realidad del acontecer conyugal, que él no prueba la separación con medio probatorio idóneo. Que sus dos hijas permanecen bajo su

cuidado , que el hogar conyugal se fijo en casa de su progenitora , para más adelante vivir en el AA.HH 18 de mayo , como no estaba terminada, regreso a la casa de su progenitora hace cinco años , al tener nuevo compromiso con vivencial con tercera persona procreando dos niñas desatendiéndose de su familia , por lo que lo demando por alimentos , y al mantener buenas relaciones con sus hijas y con ella acude a su casa de continuo manteniendo intimidad , por lo que no se da la causal de separación invocada . Por resolución de fojas cincuenta y tres se declaro rebelde al ministerio público, la audiencia de conciliación se lleva adelante a fojas cincuenta y siete con la presencia de las partes, la audiencia de pruebas a fojas setenta y cuatro y setenta y cinco con los alegatos formulados por las partes, ha llegado el momento de expedir sentencia correspondiente;

I CONSIDERANDO:

PRIMERA : La ley 27495 incorpora modificaciones importantes en el libro tercero del código civil , principalmente se introducen nuevas causales de divorcio prevista para el caso concreto en el numeral 11 del artículo 333 del acotado , como es la Separación de Hecho , propia del sistema del divorcio remedio , flexibilizándose el carácter mixto de nuestro sistema , frente a aquellos relacionados matrimoniales que han dejado de cumplir con sus fines , como la vida común y todo aquello que deriva de una relación armónica como el apego , la fidelidad , el cuidado de la familia y de un cónyuge respecto del otro , en definitiva un proyecto de una vida matrimonial.

SEGUNDA: Con el acta de matrimonio de fojas seis, se acredita el vinculo matrimonial contraído entre las partes el día veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve por ante la Municipalidad Provincial de Piura.

Con las actas de nacimiento de fojas siete y ocho, se acredita la preexistencia de las dos hijas de la pareja , contando Bertita Vanessa Otoya merino con diecisiete años de edad.

Con el acta de nacimiento de fojas cincuenta de la causa sobre Aumento de Alimentos (n° 2004-00447) se acredita la preexistencia de Tifany Nicole Otoya Guardado de cinco años de edad, y su hija Angie, si bien el acta de nacimiento no obra en autos, la cónyuge hace referencia a sus dos hijas, en su escrito de contestación de demanda, fojas treinta y seis, habidas de su relación con tercera persona distinta a su consorte.

TERCERA: La separación de hecho como causal no inculpatoria u objetiva de divorcio, se sustenta en el incumplimiento de los deberes de los cónyuges del matrimonio como es la **vida en común** es decir los cónyuges no han compartido el lecho, el techo y la mesa, es la negociación de la vida en común en domicilio conyugal.

CUARTA : Ese incumplimiento de la vida en común como deber de los cónyuges, el cese efectivo de la convivencia se prueba con los tres procesos : alimentos y aumento de alimentos seguidos entre las partes , que data primero del año de 1997 , se acerca en su cuarto considerando de su escrito de demanda de fojas ocho , que a la letra dice : - de un tiempo a la fecha , por los maltratos y agresiones de parte del emplazado , nos encontramos separados de hecho...||

Así también en el proceso de Aumento de alimentos (2004-00447) en el tercer considerándole su escrito de demanda de fojas veinticinco refirió: -todo lo que le rinde ingresos fijos superiores a los cuatro mil soles mensuales , lo que le permite disfrutar de una vida holgada y sin privaciones , a lado de su amante....||

QUINTA : Por ello no resulta creíble cuando la demandada refiere en su escrito de contestación de demanda y en las respuestas primera y segunda de fojas setenta y cuatro en audiencia de pruebas ,cuando contesta : que ahora no estamos separados del todo , porque el señor siempre llega a ver a sus hijas y hacen vida en común , precisa que tienen intimidad con su esposo cuando visita a sus hijas , que llevan una vida de pareja , si ello fuera así , no hubiera procesos judiciales , siendo el ultimo el de dos mil siete.

En el presente caso no puede decirse que hay comunidad de vida entre marido y mujer , la vida común no solo importa la cohabitación , sino el debito conyugal , que no existe , al haber formado el cónyuge otra familia ; dándose el elemento objetivo de la separación de hecho , esto es la falta de convivencia, que implica ausentarse del hogar conyugal con la sola voluntad de la cónyuge que se retiro por decisión unilateral , para sustraerse al cumplimiento de las relaciones personales de los cónyuges.

SEXTA: El otro elemento es temporal, hay una separación ininterrumpida, sin solución de continuidad de los cónyuges y en el presente caso superado los cuatro años, así lo corrobora la cónyuge al contestar la octava pregunta de fojas setenta y

cuatro: que el demandado ha iniciado su relación aproximadamente en el dos mil uno, y al responder la pregunta novena dijo: -que desde hace siete años no duermen bajo el mismo techo...||

SETIMA: Respecto a los alimentos el obligado se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia, que se fijara para la conyuge y sus hijas, debiendo ser un proceso de la misma naturaleza donde se aclare si efectivamente la cónyuge tiene estado de necesidad o no para seguir percibiendo una pensión alimenticia.

OCTAVA : En un asunto vital que han de considerar los progenitores cuya vida en común no es tal desde hace tiempo , que refuercen las relaciones con aquel hijo que no se comparte la vida ni los momentos especiales en la vida del padre y del hijo , es por ello que se hace necesario que la familia cumpla parte de sus funciones como la crianza , comunicación , relación , fijándose un régimen de visitas que fortalezca los lazos familiares , considerando la etapa de la adolescencia de su hija , que requiere de la presencia paterna no solo físicamente sino también afectivamente.

NOVENA : En cuanto a la indemnización por daño moral peticionada por la cónyuge en el punto sexto de su demanda , en autos el cónyuge no ha probado que su cónyuge tenga otra pareja , al no continuar una vida juntos , se ha truncado el proyecto de vida matrimonial que todos tenemos al contraer matrimonio , dándose así los presupuestos de la causal invocada en la que el matrimonio dejo de cumplir con su finalidad , correspondiéndole a la cónyuge el concepto por indemnización , por lo que en aplicación de lo dispuesto en los artículos IX y X del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes , artículo ochentiocho del acotado ; trescientos dieciocho inciso tercero ; trescientos treinta y tres inciso duodécimo , modificado por la ley numero veintisiete mil cuatrocientos noventicinco ; trescientos cuarenta y ocho del código civil , artículo 9.3 de la convención de las naciones unidas sobre los derechos del Niño , artículo 88 del código de los Niños y Adolescentes e impartiendo Justicia a nombre de la Nación :

FALLO: declarando Fundada la demanda incoada por don Javier de Jesús Otoya Payba con doña Patricia Merino Ato sobre Divorcio por la causal de Separación de Hecho, en consecuencia disuelto el vinculo matrimonial contraído entre las partes el día veintitres de Noviembre de mil novecientos ochenta y nueve por ante la Municipalidad Provincial de Piura , por fenecida la sociedad de gananciales , **fíjese**

por concepto de indemnización por daño a favor de la emplazada la suma de dos mil nuevos soles y en su oportunidad cúrsese oficio a la Municipalidad señalada para la anotación respectiva y partes a los Registros Públicos para su inscripción ;

FIJESE como Régimen de visitas a favor del progenitor que no tenga la Tenencia:

3. Los días martes, jueves, sábados, y feriados de nueve de la mañana a cinco de la tarde, pudiendo llevarla a pasear y retornarla a la hora indicada.

4. Respecto a la Navidad , Año Nuevo , cumpleaños del progenitor , cumpleaños de su hijo , su hija estará con su progenitor de doce de la mañana a siete de la noche , pudiendo llevarla a pasear ; en caso de no ser apelada , elévese en consulta al superior con la debida nota de atención, con citación .

PRIMERA SALA ESPECIALIZADA CIVIL DE PIURA

Expediente: 00840-2009-0(2008-0647-0-2001-JR-FA-2)

Materia: Divorcio por causal.

Dependencia: Juzgado Transitorio de Descarga de Familia de Piura.

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCION NÚMERO: VEINTISIETE

Piura, doce de octubre de dos mil nueve.-

ASUNTO:

En el proceso judicial seguido por **Otoya Payba Javier de Jesús** contra **Merino Ato Patricia** sobre **Divorcio por causal** , viene en grado de apelación la sentencia contenida en la resolución numero catorce, de fecha veintiocho de abril de dos mil nueve , de folios ciento diez a ciento trece, concedido por resolución numero dieciséis, de fecha quince de mayo de dos mil nueve.

ANTECEDENTES

Materia de apelación

Viene en grado apelación, la sentencia contenida en la resolución numero catorce, de fecha veintiocho de abril de dos mil nueve, que declara **Fundada** la demanda interpuesta por Javier de Jesús Otoya Payba contra Merino Ato Patricia sobre Divorcio por causal.

Pretensión impugnatoria

De folios ciento veinticinco a ciento veintisiete, Patricia Merino Ato, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia , argumentando que la demanda de Divorcio Por la Causal de Separación de Hecho debió declararse Infundada puesto que el demandante no ha acreditado con medios probatorios que existe una separación ininterrumpida por más de cuatro años.

De folios ciento treinta y seis a ciento treinta y ocho, Javier de Jesús Otoya Payba, interpone recurso de apelación contra la sentencia recurrida, argumentando que fue la demandada quien abandono el hogar, por tanto no le correspondería ningún concepto por indemnización, señala además que el cónyuge perjudicado es el por lo que considera injusto se le interponga una indemnización por el abandono que jamás propicio.

Tramite en Segunda Instancia

Elevado los actuados, llevada a cabo la vista de la causa, los autos han quedado expedidos para resolver, por lo que la Primera Sala Especializada en lo Civil de Piura,

Bajo la ponencia de la Dra. Jacqueline Yalan Leal, y de conformidad con lo opinado por

el señor Fiscal superior en su dictamen, de folios ciento setenta y siete a ciento setenta y uno, por sus propias consideraciones y, atendiendo además a los siguientes:

FUNDAMENTOS:

3 Aspectos Generales.

Primero.- Finalidad del Recurso de Apelación

El recurso de apelación tiene por objeto que el Órgano Jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Dentro de dicho objeto, el órgano jurisdiccional superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada

En la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa, de conformidad con los artículos 364° y 370° del Código Procesal Civil.

4 Análisis y conclusión de la pretensión impugnatoria.

Segundo.- De la argumentación Jurídica

El art. 333° inciso 12 del Código Procesal Civil dice que una de las causales de separación de cuerpos 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 (...)

Asimismo el art. 345°-A del Código Procesal Civil establece que: – para invocar el supuesto de 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 del 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, independiente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder(...)

Tercero.- En el caso de autos

En primer lugar se debe determinar si en el presente caso se ha cumplido con el requisito establecido en el art. 333° inciso 12) del Código Civil antes mencionado.

De folios seis consta la partida de matrimonio en donde se verifica que el demandante y la demandada contrajeron nupcias el 23 de noviembre de 1989.

Asimismo, de folios siete y ocho, obran las partidas de nacimiento de sus hijas que cuentan en la actualidad con 19 y 17 años de edad. Por lo tanto, debe verificarse que la separación de hecho de los cónyuges haya sido por un periodo ininterrumpido de cuatro años; ello se prueba con el proceso judicial de alimentos (Expediente N° 226-1997) y el proceso de aumento de alimentos (Expediente N°00636-2007) ; que constan de folios nueve a once y folios treinta y uno a treinta y cuatro respectivamente.

En segundo lugar, se debe determinar si es que el demandante ha cumplido con sus obligaciones alimentarias tal como establece el artículo 345°-A del Código Civil para que pueda invocar el inciso 12) del artículo 333° del mismo cuerpo legal; y ello se verifica en la declaración de parte de la demandada, en donde expresamente ha dicho que el demandante si se encuentra al día en las pensiones alimenticias.

Cuarto.- En cuanto a la indemnización en beneficio del cónyuge mas perjudicado establecida en el artículo 345°- A del Código Civil debe precisarse que la parte demandada, en el numeral 6) de su contestación de la demanda, de folios treinta y cuatro, ha invocado su condición de cónyuge perjudicado; sin embargo resulta necesario indicar que no hay evidencia de la misma, puesto que la demanda no ha aportado prueba alguna que acredite que ha sufrido un menoscabo en su persona, ni mucho menos que le haya generado alguna consecuencia psicológica, moral o espiritual imposible de superar; por lo tanto, no se configura el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, ello concordado con el Artículo 188° del Código Procesal Civil el cual 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”**.

Quinto.- En conclusión

Después de haber estudiado los actuados, este Colegiado concluye que se ha cumplido con el presupuesto establecido en el artículo 333° inciso 12) del Código Civil, en virtud del cual se debe declarar Fundada la demanda y por lo tanto disuelto el vinculo matrimonial y la sociedad de gananciales.

Asimismo, respecto de la indemnización en beneficio del cónyuge mas perjudicado solicitada por el demandante, de acuerdo al artículo 345°- A del Código Civil se advierte que no ha presentado medios probatorios que causen convicción al juez para amparar su solicitud, por lo que en este extremo se debe revocar.

En cuanto al régimen de visitas, se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 80° del código de Niños y Adolescentes, concordado con el Artículo IX del Título Preliminar del mismo cuerpo legal.

Por las consideraciones precedentes, de conformidad con los dispositivos legales citados.

Decisión:

Confirmaron en parte la sentencia contenida en la resolución numero catorce, de fecha veintiocho de abril de dos mil nueve, de folios ciento diez a ciento trece, que declara FUNDADA la demandada interpuesta por Javier de Jesús Otoya Payba contra Patricia Merino Ato sobre divorcio por causal de separación de hecho, en consecuencia disuelto el vinculo matrimonial contraído entre las partes el veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve , fíjese como régimen de visitas días martes, jueves, sábados y feriados de nueve de la mañana a cinco de la tarde y respecto a la navidad y año nuevo , cumpleaños del progenitor , cumpleaños de su hija , la menor estará con su padre de doce de la mañana a siete de la noche pudiendo llevarla a pasear; **Y REVOCAR** en el extremo de la indemnización por daños a favor de la emplazada por la suma de dos mil nuevos soles; **y REFORMANDOLA** se resuelve declarar **INFUNDADA** ; devolviéndose al juzgado de origen con la formalidades de ley; en los seguidos por Javier de Jesús Otoya Payba contra Patricia Merino Ato sobre divorcio por causal de separación de hecho. Avocándose al conocimiento de la presente causa los magistrados que suscriben por reconfirmación del Colegiado y de conformidad con Resolución Administrativa N° 002-2009-P-CSJP/PJ.-

S.S

YALAN LE AL. LIP

LICHAM. CORANTE

MORALES.