

**BOLETÍN N.º 04**  
**DERECHO PRIVADO**  
**Vol. II**

**Derecho Civil, Procesal Civil, Familia,  
Sucesiones y Defensa legal**

**Directores:**  
Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zepa  
Frank J. Paucarchuco Gonzales

**Coordinadores:**  
Mayra A. Huaccha Galarza  
Juan de Dios Atarama Macha

**AÑO N.º 01 / JULIO 2022**

**Autores de esta edición:**

**Roberto Cabrera Suárez**  
Abogado por la Universidad Carlos III de Madrid (España)

**Christian Cárdenas Manrique**  
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

**Sergio Casassa Casanova**  
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

**Suzie Hung Suarez**  
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

**Gelner Morocho Núñez**  
Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego

**Omar Sumaria Benavente**  
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

**Reynaldo Tantaleán Odar**  
Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca

**Carlos Manuel Valdivia Rodríguez**  
Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal

**Directores**

Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zerpa  
Frank James Paucarchuco Gonzales

**Coordinadores**

Mayra Alejandra Huaccha Galarza  
Juan de Dios Atarama Macha

**BOLETÍN N.º 04 (Vol. II)**

**DERECHO PRIVADO**

Derecho Civil, Procesal Civil, Familia,  
Sucesiones y Defensa legal

**Autores en esta edición:**

Roberto Cabrera Suárez  
Christian Cárdenas Manrique  
Sergio Casassa Casanova  
Suzie Hung Suarez

Gelner Morocho Núñez  
Omar Sumaria Benavente  
Reynaldo Tantaleán Odar  
Carlos Valdivia Rodríguez



2022

Lima – Perú

ISSN: 2810-8361

## **BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO**

**DERECHO CIVIL, PROCESAL CIVIL, FAMILIA, SUCESIONES Y DEFENSA LEGAL**

**AÑO 01 – N.º 04 (VOL. II) – JULIO 2022**

### **EDITADO POR:**

© **AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

[amachaq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachaq.escuela.juridica@gmail.com)

[www.editorialamachaq.com](http://www.editorialamachaq.com)

Lima – Perú

### **AUTORES EN ESTA EDICIÓN:**

Cabrera Suárez, Roberto

Cárdenas Manrique, Christian

Casassa Casanova, Sergio

Hung Suarez, Suzie

Morocho Núñez, Gelner

Sumaria Benavente, Omar

Tantaleán Odar, Reynaldo

Valdivia Rodríguez, Carlos Manuel

### **DIRECTORES:**

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

### **COORDINADORES:**

Huaccha Galarza, Mayra Alejandra

Atarama Macha, Juan de Dios

### **COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:**

Alarcón Huamán, Katherine Miluska

Contreras Torres, Oscar Eloy

Garay Loarte, Gian Piero

Guizado Maguiña, Fiorella Lucero

Salguero Julca, Lucía Yolanda

Silva Quispe, Paul Anthony

Vásquez Condori, Daniela Andrea

**ISSN: 2810-8361**

**Hecho el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N.º XXXXXXXXXX**

**DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:**

[www.editorialamachaq/b4-privado](http://www.editorialamachaq/b4-privado)

**BOLETIN N.º 04 (Vol. II)**  
**“DERECHO DE CIVIL, PROCESAL CIVIL, FAMILIA,  
SUCESIONES Y DEFENSA LEGAL”**

**I. DIRECTORES:**

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA  
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA  
Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**II. COORDINADORES EN ESTA EDICIÓN:**

MAYRA ALEJANDRA HUACCHA GALARZA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JUAN DE DIOS ATARAMA MACHA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:**

KATHERINE MILUSKA ALARCÓN HUAMÁN  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

OSCAR ELOY CONTRERAS TORRES  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GIAN PIERO GARAY LOARTE  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FIORELLA LUCERO GUIZADO MAGUIÑA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LUCÍA YOLANDA SALGUERO JULCA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

PAUL ANTHONY SILVA QUISPE  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DANIELA ANDREA VÁSQUEZ CONDORI  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

#### **IV. AUTORES EN ESTA EDICIÓN:**

Roberto Cabrera Suárez

Abogado por la Universidad Carlos III de Madrid (España)

Christian Cárdenas Manrique

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

Sergio Casassa Casanova

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

Suzie Hung Suarez

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Gelner Morocho Núñez

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego

Omar Sumaria Benavente

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Reynaldo Tantaleán Odar

Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca

Carlos Manuel Valdivia Rodríguez

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal



*BOLETIN N.º 04 (Vol. II)*

*Amachaq-Escuela Jurídica*

*Área de Derecho Privado*

*Disponible en:*

*[www.editorialamachaq/b4-privado](http://www.editorialamachaq/b4-privado)*

*Año: 2022*

*Edita:*

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.  
[amachaq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachaq.escuela.juridica@gmail.com)  
[www.editorialamachaq.com](http://www.editorialamachaq.com)

El Boletín N.º 04 (Vol. II) de Derecho Privado con eje temático “Derecho Civil, Procesal Civil, Familia, Sucesiones y Defensa legal” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

[www.editorialamachaq/b4-privado](http://www.editorialamachaq/b4-privado)

Algunos derechos reservados.





# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>10</b>
<b>- Presupuestos procesales y condiciones materiales de la acción</b>	
<i>Omar Sumaria Benavente .....</i>	<i>13</i>
<b>- La motivación en las resoluciones judiciales</b>	
<i>Reynaldo Tantaleán Odar .....</i>	<i>31</i>
<b>- La motivación de la sentencia</b>	
<i>Christian Cárdenas Manrique .....</i>	<i>39</i>
<b>- Fundamentos del recurso de apelación y queja</b>	
<i>Sergio Casassa Casanova .....</i>	<i>45</i>
<b>- La pretensión de mejor derecho de propiedad a la luz del Pleno Nacional Civil y Procesal Civil de 2022</b>	
<i>Gelner Morocho Núñez .....</i>	<i>55</i>
<b>- La alegación de la unión de hecho en el desalojo</b>	
<i>Carlos Manuel Valdivia Rodríguez .....</i>	<i>71</i>

- **Redacción de demanda de fijación de pensión de alimentos para menores de edad**  
*Suzie Hung Suarez* .....79
  
- **La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes**  
*Roberto Cabrera Suárez* .....93



## PRÓLOGO

El Derecho Civil representa una de las ramas del derecho más extensas y ricas, debiendo su mérito de grandeza a las instituciones que regula. Los Derechos de Personas, Obligaciones, Contratos, Sucesiones, Familia, entre otros conforman el gran cúmulo de teorías y saberes que el ser humano ha desarrollado para proteger sus situaciones respecto a sus congéneres. Claro está que dentro de las relaciones interpersonales que se tejan entre los privados o entre el Estado y aquellos existirán conflictos de intereses, los cuales requieren de una solución pacífica y no lesiva.

Como una alternativa a la autotutela —es decir, la justicia por mano propia— los mecanismos heterocompositivos aparecieron como aquella fórmula de resolución de conflictos que no conlleve la lesión o comprometimiento de bienes que no hayan sido ya contemplados dentro del proceso o procedimiento mismo. En una incesante búsqueda de libertad e igualdad, el otrora procedimiento dio paso al proceso, con todas las improntas garantistas que implica el cambio de nomenclatura.

En este sentido, el Derecho Procesal no representa un anexo del Derecho al cual se halle relacionado —al utilizarse la terminología de derecho sustantivo y adjetivo—, sino que se erige como una auténtica disciplina autónoma, con su propia metodología, objeto de estudios, cuerpo normativo, terminología y teorías. Todos estos conocimientos aparentemente abstractos de garantías y derechos en el proceso deben su desarrollo a diversas luchas dentro del tejido social. Una de las más importantes fue la liberal en conjunción con el iluminismo; la igualdad

de armas y ante la ley era exigible como instrumento en contra de cualquier arbitrariedad o abuso de origen nobiliario o real dentro de los juzgamientos.

Así, tuvieron que elaborarse ciertos mecanismos que diafanicen la labor del juzgador; en esta sede se desarrolla la necesidad de la motivación de sus resoluciones —entre ellas, las sentencias—. Esta sería aplicable no solo durante el trayecto del proceso, sino incluso desde su inicio con la evaluación de los presupuestos y condiciones de la acción. Asimismo, al ser falibles las decisiones del juez, se elaboraron instrumentos que el recurrente pudiese utilizar en pos de cuestionar las decisiones judiciales y salvaguardar sus intereses. La apelación y la queja aparecen como las más utilizadas en la praxis.

El sostener que el Derecho Procesal es una disciplina autónoma no implica señalar una suerte de autosuficiencia o total separación de las otras ramas del Derecho. En realidad, entre ambas se teje una fuerte relación, claro ejemplo de ello es que los procesos se desarrollan en torno a situaciones y relaciones jurídicas que encuentran un sustrato con los Códigos, en este caso, el Civil. Es más, las múltiples —y dispares— decisiones de los juzgadores respecto a una misma materia han generado la necesidad de uniformizar los criterios, sea con Plenos Casatorios, sea con Plenos Jurisdiccionales Nacionales —en torno a estos últimos se desarrollarán gran parte de los artículos de la presente edición—.

Asimismo, el Derecho Privado abarca el estudio de la célula fundamental de la sociedad: la familia. Desde sus diversas formas, esta institución despliega contundentes efectos sobre las demás ramas —obligaciones, sucesiones, etc.—. En según volumen de nuestra cuarta entrega se estudiará con especial atención la materia alimentista y de unión de hecho; esta última reviste especial importancia dada la propuesta legislativa que promete sustraer de la institución de la unión de hecho su componente restrictivo: no sería exclusiva para las uniones entre hombre y mujer.

En atención a una necesidad de cambio social y apertura del debate, AMACHAQ Escuela Jurídica tiene le placer de presentarles el segundo volumen del Boletín N.º 04 que cristaliza el conocimiento y esfuerzo de docentes y miembros de la institución, vertidos en el Curso

Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil —con eje temático del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil del presente año— y el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal , ambos llevados a cabo del 30 de mayo al 2 de junio y del 21 al 23 de junio del año en curso respectivamente.

El sello de calidad y compromiso con la comunidad jurídica no ha sido abandonado. Una vez más, AMACHAQ Escuela Jurídica extiende a su público lector las más novedosas lecturas del ambiente del derecho, de las cuales aseguramos a nuestra audiencia que serán de gran provecho, tanto a nivel teórico como a nivel práctico.

Mayra Alejandra Huaccha Galarza  
Juan de Dios Atarama Macha

# Presupuestos procesales y condiciones materiales de la acción\*

Omar Sumaria Benavente\*\*

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**SUMARIO:** 1. Acción, jurisdicción y proceso / 2. El modelo de la tutela material en el derecho romano / 3. Teorías de la acción y el “efecto Windscheid-Müther” (1856) / 3.1. Teorías concretas / 3.2. Teorías abstractas / 3.3. El “efecto Windscheid-Müther” / 4. Conclusión.

## 1. Acción, jurisdicción y proceso

Existe un común acuerdo en que la etapa del derecho procesal científico se inicia en Alemania a mediados del siglo XIX en dos puntos claves establecidos en la denominada polémica entre B. WINSCHLID y T. MÜTHER (1856), que estableció el carácter público y la autonomía del derecho de acción, y en la obra de O. BÜLOW (1868) que definió el concepto de relación jurídica procesal distinta de la relación material, y se convirtieron en las piedras angulares del futuro derecho procesal.

Sin embargo, la denominada polémica de Windscheid-Müther, es en realidad un debate que justifica la expropiación de la posibilidad de venganza privada hacia el Estado, convirtiéndolo en un derecho de solicitar al Estado la actividad jurisdiccional ya sea para la solución del conflicto entre particulares (teorías concretas de carácter liberal) o para la solución del conflicto como mal social (teorías abstractas propias del Welfare State), y así justificar la presencia y existencia de la autoridad del Estado en las relaciones particulares, que como se había mencionado es la reconciliación entre “libertad y necesidad” a través del Estado.

En principio esta autonomía del derecho procesal se funda en el rescate en el siglo XIX a través de SAVIGNY el concepto romano de la *actio* del

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de mayo al 2 de junio del 2022.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuenta con Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario-Argentina, Maestría en Solución de Conflictos por la Universidad San Martín de Porres y profesor en Derecho Procesal en la Academia de la Magistratura del Perú.

proceso formulario romano que en su origen era sólo una posibilidad para restablecer la relación obligatoria, a la que se le da un nuevo contenido extendiéndolo a todo tipo de relaciones jurídicas, y definiéndolo como un derecho de carácter autónomo y público dirigido hacia el Estado para lograr la actividad del órgano jurisdiccional ya sea para satisfacer judicialmente una pretensión particular o para el restablecimiento del orden social, dependiendo de la teoría que luego tratará de explicar el fin de la intervención del Estado a través del proceso.

En segundo lugar, la propuesta de BÜLOW puso de manifiesto que aparte de relación jurídica de derecho material que se deduce en el proceso, este en sí mismo constituía otra relación jurídica, la que es siempre de derecho público y tiene sujetos, presupuestos y contenido distintos de la primera; se desarrolla de modo progresivo entre el tribunal y las partes, haciendo surgir derechos y obligaciones procesales. En este aspecto, Bülow indica:

*“Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso”.*<sup>1</sup>

Sin embargo, señala Pontes Miranda que:

*“antes de la obra de Bülow, la doctrina ya esbozaba la comprensión del proceso como relación jurídica. Ciertamente la idea de que el proceso es una relación jurídica provino de Hegel, siendo recordada más tarde por Betham-Holweg para sólo entonces ser trabajada por Bülow”.*<sup>2</sup>

Estableciendo así los presupuestos para la concepción de una relación sustantiva y relación adjetiva de derecho. CÁNDIDO RANGEL precisa que *“Bülow no creó la idea de relación jurídica procesal y su configuración triple. Apenas la racionalizó. Antes de él ya Búlgaro había dicho que “judicium est actis trium personarum, judicis, actores, rei”;* y en las Ordenanzas del Reino se dijeron que *“tres personas son por derecho necesarias en cualquier juicio, Juez que juzgue, actor que demande y demandado que se defienda” (L.III, XXX)*”.<sup>3</sup>

---

1 VON BÜLOW, O., *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales* (Lima: ARA, 2008), p. 23.

2 PONTES DE MIRANDA, *Comentarios al Código de Processo Civil*, tomo III, 4ª ed. (Río de Janeiro: Forense, 1997), p. 435.

3 CANDIDO RANGEL, Op. Cit. Nota 4, Pág. 22



Esta transformación del “sincretismo” procesal hacia su “autonomía” implica todo un cambio radical en el modo de percibir el fenómeno procesal. Sentadas así las bases para el desarrollo posterior de Wach<sup>4</sup> y Goldshmidt<sup>5</sup> entre otros. En todos ellos el proceso es el concepto clave, llegando a afirmar Wach<sup>6</sup>, que en su manual había eliminado adrede todo lo justicial – administrativo y político. Esta renovación iniciada por los alemanes fue recogida por los italianos, llevada a cabo por Chiovenda<sup>7</sup> y posteriormente Carnelluti<sup>8</sup>, Redenti<sup>9</sup> y Calamadreí.

Reseñando a CHIOVENDA, se advirtió que el proceso es el concepto básico en torno al que gira el sistema, definiéndose como el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley mediante los órganos de la jurisdicción. Su plan para el estudio del derecho procesal parte de los conceptos fundamentales de acción y de proceso, estudiando la jurisdicción, la organización judicial y la competencia como presupuestos del proceso, esto es, como condiciones necesarias para que pueda constituirse la relación procesal.

En España Pietro Castro<sup>10</sup> y luego Jaime Guasp<sup>11</sup> son los impulsores del cambio, a los que se añadirá luego en América Latina, Eduardo Couture.<sup>12</sup>

De esta manera, al derecho procesal se le intenta dar un contenido de ciencia, es decir, con teorías, métodos, sistemas, pero se aleja del concepto de la persona. Es dentro de esta tendencia que se generan los distintos códigos procesales de América Latina de la última década.

En este sentido, acción, jurisdicción y proceso se convierten en los elementos estructurales del denominado derecho procesal. Eduardo B. Carlos habla de fundamentos del derecho procesal en la conexión entre derecho y la *ius* filosofía, sus fines, su autonomía, su unidad. Davis Echeandía habla de principios fundamentales del proceso y del procedimiento. Couture, en sus “fundamentos” habla de los principios formativos del proceso. Calamandreí, menciona como “nociones sistemáticas fundamentales” a la jurisdicción, a la acción y al proceso, igual que Alcalá – Zamora. Carnelluti distingue entre la noción de proceso, a las premisas del derecho procesal.

---

4 WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo 1 (Buenos Aires, 1972), páginas iniciales

5 GOLDSHMIDT, J., *Teoría General del Proceso* (Barcelona: Editorial Labor, 1936)

6 WACH. Op. Cit.

7 CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, tomo 1 (Madrid: REUS, 1922)

8 CARNELLUTI, F., *Estudios de derecho procesal* (Buenos Aires: EJE, 1952), 2 tomos

9 REDENTI, E., *Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: EJE, 1957)

10 PIETRO CASTRO, L., *Tratado de derecho procesal civil I* (Pamplona: Editores Aranzadi, 1985)

11 GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, 3ra ed. (Madrid: Ediciones Jurídicas, 1968)

12 COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ra ed. (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1966)

Chioyenda, considera como "conceptos fundamentales" el derecho y la acción, el proceso civil y su destino, el proceso como relación jurídica.

*"Pero el proceso no es solamente una relación de derecho público. Todo el acto del proceso nos presenta el uno y el trino, como ejercicio o actuación de un derecho privado, presupuesto y cumplimiento de un deber del juez, y condición de la sujeción jurídica de una parte o de las partes".<sup>13</sup>*

Sin embargo, con posterioridad a 1903 todo parece indicar que Chioyenda no desarrolla estas ideas sino más bien quien la realiza es Piero Calamandrei

*"Quien se da cuenta de la trascendencia del hallazgo y entonces él, ya sí de una manera categórica y precisa, afirma que las ideas fundamentales para la elaboración de la sistemática procesal, son esas tres y, a partir de entonces, una serie de autores de diferentes países van suscribiendo el mismo punto de vista y sustentan la idea de que la sistemática procesal puede alzarse sobre esos tres conceptos, e inclusive en Argentina, Podetti los engloba bajo la denominación de trilogía estructural del proceso".<sup>14</sup>*

También se ha considerado como básico y fundamental la plasmación de las teorías, que ven en el proceso la actuación del derecho objetivo ante la existencia de un conflicto (teorías sociológicas de la jurisdicción, entre ellos Guasp) y las teorías objetivas de la aplicación de la norma al caso.

El primer empleo de la expresión *sistema de derecho procesal* parece provenir de DE CRAMER, *Systemasprocessusimperialis*, cit V, sin embargo, también, infra, nt. 1 el frecuente empleo, ya en los títulos de las obras, de las expresiones equivalentes como "principio", "fundamento", "teoría"<sup>15</sup>, cuyos tratamientos se dieron en la Universidad de Halle, y en la literatura del siglo XVIII, vinculadas a la enseñanza del derecho procesal en las universidades alemanas del Iluminismo.

Luego, en el siglo XVIII, el procesalista de Europa continental tiende a reordenar la multiplicidad de los fenómenos procesales sobre la base de proposiciones fundamentales, lejos de limitarse a una simple disposición de la materia en orden lógico y claro, comenzando a ir en la búsqueda de postulados ordenadores a los cuales dar el valor de "principios" y extraer de ellos a través de un razonamiento las demás proposiciones. Estos principios y proposiciones son luego concatenados y coordinados entre sí de

---

<sup>13</sup> CHIOYENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos* (Bogotá: Temis, 2011), p. 35

<sup>14</sup> ALCALA-ZAMORA CASTILLO, N., *Notas tomadas en el curso de Teoría General del Proceso* (México D. F.: UNAM, 1967), p. 66, citado por GOMEZ LARA, C. *Sistemática Procesal* (México D. F.: Oxford University Press, 2006), p. 72

<sup>15</sup> PICARDI, N. Op. Cit., p. 307

manera que se sostienen recíprocamente.<sup>16</sup> Lo que llevaría a la postre a formar la Escuela Sistemática del Derecho Procesal.

La idea de la neutralidad del proceso nació con la Escuela Sistemática<sup>17</sup> al preocuparse por desvincular el derecho procesal civil del derecho material y evidenciar la naturaleza pública del proceso, por lo cual se preocupó en delinear conceptos que, según su concepción, serían capaces de conferir autonomía y dignidad a la antigua *procedura civile*.

La Escuela Sistemática, a través de la llamada “publicización” del proceso civil, tuvo el mérito de esclarecer que, por medio del proceso, se expresa la autoridad del Estado, siendo coherente con el pensamiento político de entonces de justificar la existencia del Estado y de su capacidad de coerción y decisión que tuvo como base los postulados para la reforma procesal que condujo Klein para la elaboración del ZPO Austríaco de 1891 que tiene el mérito de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso, definiéndolo como un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un *instituto de bienestar*.

Dichos postulados se resumen en: a) las controversias particulares son “males sociales” relacionados con la pérdida de tiempo, dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; b) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto toda “causa turba la pacífica colaboración”, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación.

De acuerdo con estos postulados se extraían las siguientes conclusiones: a) el interés del legislador a que esos “males sociales” que son los procesos tengan una “definición rápida, poco costosa y simple”; b) la necesidad que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y, c) la exigencia que el proceso sea oral y que el Estado a través del Juez, asuma “*desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones*”.

*“Por lo tanto en el proceso de Klein, el juez no se limita a juzgar: antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. El a tal fin cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de*

---

16 Ibidem, p. 310

17 Entendiendo por esta al movimiento iniciado por Mortara y desarrollada posteriormente por Chiovenda en Italia entre principios y mediados del siglo XX, criticando a la dogmática y exegesis francesa, manifestando que la dogmática no puede desligarse de la historia y de la realidad social.

*que no, es más, como en los ordenamientos liberales una “marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos”, sino el “director”, el “timonel”, el representante profesional del bien común”.*<sup>18</sup>

Estos postulados luego influenciaron nítidamente en la reforma procesal de Italia y el Código Procesal Civil de 1940, dirigida por Piero Calamandrei, Carnelluti y Redenti, que establecieron un código procesal “publicista”.

Sin embargo, en sus ansias por redescubrir el valor del proceso y por dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediendo su misión. La intención de depurar el proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesta por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendana a erguir las bases de un derecho procesal civil completamente despreocupado por el derecho material, alrededor del concepto de “acción” abstracto como polo metodológico y que tendría relación sólo con el derecho procesal, definiéndose a partir de criterios únicamente procesales e incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional.

El fruto más obvio de esta Escuela Sistemática fue la pretensión de uniformización del procedimiento. El pecado de la Escuela Sistemática fue negar la realidad para cultivar una pseudo ciencia. El hecho que el proceso civil es autónomo en relación con el derecho material no significa que él pueda ser neutro o indiferente a las distintas situaciones de derecho sustancial. Autonomía no es sinónimo de neutralidad o indiferencia, con realidad social y con el papel que el sistema de administración de justicia desempeña en la sociedad.<sup>19</sup>

Al evolucionar el concepto de acción, como piedra angular del derecho procesal científico, se genera distintas concepciones acerca de este como:

- a) Chiovenda, G: “*Poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley*”
- b) Calamandrei, P: “*Derecho subjetivo autónomo y concreto, dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante*”
- c) Carnelutti, F: “*Derecho a poner en movimiento el proceso*”

---

<sup>18</sup> CIPRIANI, F, *Las Batallas por la justicia Civil*, edición traducida Ariano Deho, E. (Lima: Cultural Cuzco, 2003), p. 62

<sup>19</sup> MARINONI, L. G., *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva* (Lima: Palestra, 2007), p. 41 y ss.

- d) Rocco, U: “*Derecho público subjetivo del ciudadano, frente al Estado, a la prestación de la actividad jurisdiccional*”
- e) Satta, S: “*Derecho autónomo respecto al derecho sustancial cuya tutela se persigue jurisdiccionalmente*”
- f) Alsina, H: “*Facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material*”
- g) Couture, E: “*Poder jurídico de acudir a la jurisdicción*”
- h) Serra, M: “*Acción como acto inicial del proceso y conjunto de actos de parte encaminados a la emisión de la sentencia y su eficacia práctica*”
- i) Gómez Lara, C: “*Instancia proyectiva*”
- j) Faire Guillen, V: “*El derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado*”
- k) Podetti, R: “*Plexo de facultades jurídica, privadas y públicas que corresponden a los individuos para reclamar al Estado el ejercicio de la jurisdicción*”
- l) Vescovi, E: “*Poder de reclamar tutela jurisdiccional*”

Sin embargo, NIEVA FENOLL indica que la indefinición del concepto de “acción” como una consecuencia de la intromisión del derecho privado para explicar la relación procesal genera una confusión en identificar su contenido, así como su especial relevancia en el proceso, por el cual este otrora soporte fundamental del derecho procesal clásico es clasificado como “un enorme fracaso doctrinal”.<sup>20</sup>

Sustenta dicha afirmación en razón que el concepto de “acción” del proceso formulario romano trasladado por Savigny en su aspecto formal para entender el acto inicial del proceso, fue estudiado por los procesalistas clásicos, pero en su aspecto material, tratando de encontrar la piedra angular de esta ciencia.

En contraposición a ello indica que son la jurisdicción y el proceso los conceptos que explican toda la actividad jurisdiccional. Así señala que:

*“De todo lo anterior queda claro que no existe un trípode que explique nuestra disciplina, sino que en realidad sólo existen dos conceptos fundamentales: la jurisdicción y el proceso. El primero es el concepto que explica*

---

<sup>20</sup> NIEVA FENOLL, J., Jurisdicción y Proceso (Madrid: Marcial Pons, 2009), p. 23

*toda la actividad jurisdiccional incluyendo la competencia y el juicio jurisdiccionales, así como todo lo que contribuye a formarlos –estudio de la prueba y la sentencia–, a discutirlos – los recursos–, a prevenirlos –las medidas cautelares– y a materializarlos –la ejecución. El segundo concepto, el de proceso, que permite hacer realidad práctica todo lo anterior, y bajo cuyo prisma debe estudiarse el procedimiento”.*<sup>21</sup>

En igual sentido ALCALÁ – ZAMORA, pone relieve la incertidumbre en torno a los conceptos de acción, jurisdicción y proceso como trilogía estructural del proceso a la que denomina “trípode desvinculado”, para destacar las dificultades técnicas en torno a este problema, que enfatiza señalando:

*“Del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.), de la jurisdicción conocemos lo que es pero no donde está (si en el derecho procesal o el derecho constitucional), y de la acción ignoramos lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) y donde está (si en el campo del derecho material o en el derecho procesal). Como es natural nuestras palabras no deben ser tomadas al pie de la letra, sino sólo como una forma de llamativa de expresar la incertidumbre doctrinal en torno a estos conceptos que el argentino Podetti ha reunido bajo el nombre trilogía estructural del proceso, y que nosotros, para reflejar la inestabilidad actual de las investigaciones a ellos relativas, designamos como trípode desvinculado sobre el que, sin embargo, se alza el edificio de nuestra disciplina”.*<sup>22</sup>

## 2. El modelo de la tutela material en el derecho romano

La tradición que nos precede tiene una influencia poderosa en nuestro pensamiento. Por ejemplo, el tren más moderno aún rueda sobre una vía de ancho estándar (143,5 cm). La medida se volvió estándar en los ferrocarriles norteamericanos porque fueron construidos por ingenieros británicos que habían usado la misma norma en sus ferrocarriles. Los ferrocarriles británicos adoptaron originalmente el estándar porque las herramientas disponibles para hacer los carruajes sólo servían para ejes de esa dimensión para que cupieran en las carreteras británicas. Las carreteras británicas se hicieron sobre las carreteras romanas. Los carros romanos dejaron en principio la huella de sus surcos. Los ejes de los carros romanos fueron construidos para acomodar dos caballos que medían entre sí 143,5 cm. De esta forma vemos que el ancho de vía usado por modernísimos trenes de alta velocidad fue determinado por los romanos.

<sup>21</sup> NIEVA FENOLL, Op. Cit. p. 24

<sup>22</sup> GOMEZ LARA, C., *Sistémica Procesal* (México D.F.: Oxford University Press, 2006), p. 74

Cuando se construyeron los transbordadores espaciales los ingenieros norteamericanos consideraban que los tanques de combustible deberían ser más anchos, pero como se iban a transportar en tren desde Utah al Centro Espacial de Florida a través de túneles que no permitirían su paso, tuvieron que resignarse a lo que los romanos habían elegido medida ideal. Para complicar un poco más la vida hay países vecinos que usan anchos de vía diferente, de manera que tienen que parar en la frontera y pasar el cargamento a otro tren (en Francia es de 1,43, mientras que en España es de 1,67). En el caso brasileño es paradójico hay anchos del sistema español, del francés, de 1.00 cm y de 0,76 cm.<sup>23</sup>

Del mismo modo que un sistema de transporte moderno no puede librarse de lo que era perfecto para los caballos romanos, la sociedad no puede liberarse de pensamientos que todavía están modulados por siglos de viejas ideas, siguiendo los trazos de huellas dejadas hace milenios sin darnos cuenta de que la razón que dio origen a la regla hace tiempo desapareció o cambio.

Con el Derecho Romano pasa lo mismo que con el ancho de las vías para el tren, permanece e inspira a todos los sistemas jurídicos hasta la actualidad. Pero el Derecho Romano tiene como cualidad ser un mecanismo de comunicación que permite que los individuos descentralicen la administración de recursos. El Derecho privado romano hace posible la descentralización del orden social y del mercado, sin la intervención externa del Derecho público o del Estado.

Parte de la credibilidad del Derecho romano proviene de su distinción entre *acciones in rem* y *acciones in personam*. De acuerdo con el Derecho romano de obligaciones, si el deudor incumple, el acreedor puede obligarlo, a través de una *actio in personam*, a pagar una suma dineraria equivalente (pero nunca superior) al valor de la prestación debida. Aun cuando la obligación es incierta, la ley procesal establece que el *iudex* debe determinarla dinerariamente, *tantum pecuniam*, sea lo que fuere lo que el demandado se hubiera comprometido a dar o hacer en favor del demandado, *quid numerus negidius aulum agerium dare facere o portet*. En consecuencia, cuando el cumplimiento se vuelve más costoso para el deudor que el valor de la prestación para el acreedor, el Derecho Romano permite al deudor liberarse de su obligación pagando la indemnización correspondiente, de acuerdo con la regla *omnis condemnatio pecuniaria*. El contrato reestructura los incentivos futuros para el deudor y hace que su obligación sea creíble.<sup>24</sup>

---

23 COELHO, P., «La distancia entre los rieles», Columna de Coelho, recuperado de <<http://www.elcomercio.com.pe/impresa/notas/distancia-entre-rieles/20090726/318944>>

24 DEL GRANADO, J. J., *La genialidad del Derecho Romano. Una perspectiva desde el análisis Económico del Derecho* (California: Berkeley Program in Law & Economics, 2009), recuperado de: <<http://works>

Decía Savigny, "*Actio est jus perquendi in iudicio quod sibi debetur*" (actio es el derecho de exigir al tribunal aquello que es debido). Pero este no es el sentido original. Originariamente sólo existían dos medios jurídicos: la acción y la reivindicación. Toda reivindicación era dirigida por el pretor, en tanto la fórmula de la *actio* se apoyaba en el hecho de que el pretor daba un *iudex*. El derecho real corresponde a la reivindicación, y el derecho de las obligaciones a la acción. En esta definición se indica las características de que la *actio* concierne exclusivamente a las obligaciones de lo cual, en este pasaje, se encuentran indicios: 1) "*In iudicio*", esto es, en un proceso que es llevado a término ante un juez; 2) "*Quod debetur*". Deber se refiere siempre al derecho de las obligaciones y nunca al derecho real. Actio, es pues, originariamente, el derecho de exigir ante un "*iudex pedaneus*" aquello que la otra parte debe prestar "*ex obligatione*" (Metodología jurídica, trad. de la edición alemana de 1951, Bs. As, 1979, p. 19)<sup>25</sup>

Pues bien, en el derecho romano, basado en un sistema obligacional, no existía la acción, como hoy se le define, sino que era una posibilidad ante el incumplimiento del acreedor que bien era entendida como parte de la obligación, accesoria de la obligación o como una potencia que surge de la misma obligación ante su incumplimiento. De esta forma al formarse la relación obligacional, no existía la acción como costo implícito en ella, por lo que al haber bajos costos fijos, propiciaba la celebración de contratos (incentivos para contratar). Sin embargo, ante el eventual incumplimiento, aparecía la *actio*, como posibilidad o mecanismo para el cumplimiento o reestructuración de la obligación. Esta posibilidad, luego encaminada hacia el *iudex*, sería este quien definiría el cumplimiento de la prestación (a lo que está obligado) o indemnización (prestación equivalente).

No siendo el *iudex* un funcionario del Estado y sometándose las partes a su total decisión, producía una "externalidad" que debía incorporarse a la relación obligacional primitiva. Esta externalidad, entendida como costo no esperado asumido por la parte perdedora, tenía un alto grado de variabilidad, por lo que desincentiva el incumplimiento, verificándose de esta forma el primer supuesto del Teorema de Coase, que sostiene "*que cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que si la asignación es ineficiente las partes la rectificarán a través de una transacción privada*".

En segundo lugar, con relación a los derechos reales, entendidos estos como derechos absolutos, no existía la *actio*, sino la *reivindicatio* como mecanismo privado a la restitución inmediata de un bien, dado que, declarado

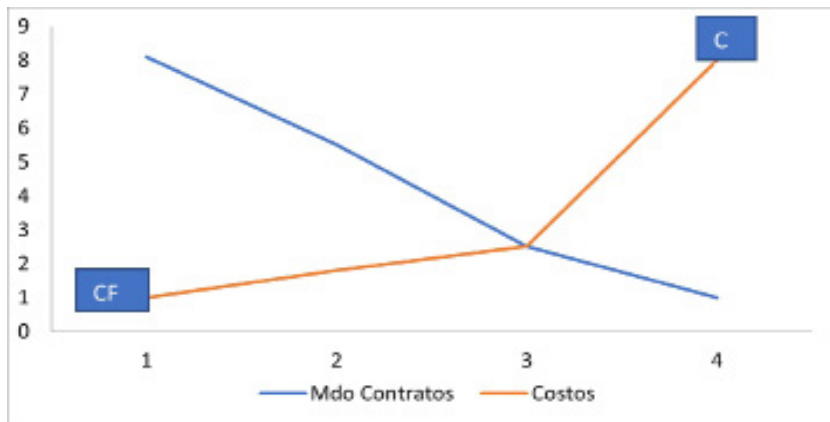
---

[bepress.com/maximiliano\\_marzetti/25](http://bepress.com/maximiliano_marzetti/25)>

25 BATISTA DA SILVA, O., Jurisdicción y ejecución: en la tradición romano-canónica (Lima: Palestra Editores, 2005), p. 90



el derecho de propiedad, el usurpador no tenía ninguna obligación frente al propietario, por lo cual sólo tenía que restituir en su propiedad con ayuda del poder público, es decir, no existía un proceso judicial propiamente dicho. Configurándose el siguiente esquema:



Luego en el Sistema de Tutela Jurisdiccional originado en el Derecho Romano se verifican los siguientes principios del derecho de contratos moderno:

- a) El principio de la autonomía de la voluntad y la eficiencia en la asignación de recursos

El reconocimiento jurídico de libertad contractual abre a los miembros individuales de la sociedad la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mutuas mediante acuerdos de carácter comercial según su libre albedrío y su propia responsabilidad. La libertad contractual es la expresión del principio de autonomía privada que impregna la totalidad del derecho privado; por ende, significa el reconocimiento de la soberanía del particular en la configuración de las relaciones jurídicas.

Para los contratos que son los que regulan el intercambio de servicios resulta que, en virtud de la libertad contractual, cada cual determina por sí mismo con quien quiere mantener relaciones de intercambio y a que se deben referir éstas (libertad de contratación), e igualmente que los contratantes determinan por sí mismos sus obligaciones mutuas y las modalidades de éstas (autonomía reguladora de su contenido). Básicamente carece de importancia jurídica

que lo que las partes hayan acordado sea razonable, desde cualquier criterio “objetivo”, o por parte de un tercero, o que el contrato tenga sentido desde una perspectiva económica. El ordenamiento jurídico lo acepta en la medida que se mantenga dentro de los límites de la libertad contractual y la forma en que ha sido concluido.

Sin embargo, desde una perspectiva económica la legitimación de un contrato o de una relación jurídica se orienta hacia otros criterios, siendo válido el contrato o la relación jurídica cuando este cumple la función económica del mismo, es decir, que procure utilidad para todas las partes (eficiencia económica). Un contrato que no se adapta al modelo económico, no puede tener validez alguna debiendo corregirse por medio de una intromisión en su contenido.

En dicho aspecto, el sistema de tutela jurisdiccional es supletorio y complementario al principio de libre contratación, en cuanto a través de la *actio* y mediante acuerdo privado se procuraba mantiene la relación obligacional a que las partes se habían comprometido.

- b) La reconstrucción del contrato por el derecho dispositivo y la “interpretación supletoria del contrato”

El derecho dispositivo (legislación) tiene preparadas reglamentaciones supletorias para determinados tipos básicos de relaciones contractuales, en caso las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre determinados puntos que necesitan regularse.

Sin embargo, las lagunas que se producen en las negociaciones no pueden cubrirse en todos los casos recurriendo a prescripciones legales de carácter dispositivo, luego si aparecen problemas de regulación que el legislador tampoco ha previsto, entonces fracasa en la reconstrucción del contrato. Conforme a ello, las lagunas que aparecen en el desarrollo de la relación contractual, siempre que las partes no hayan procedido a ponerse de acuerdo, tienen que cubrirse por la “interpretación supletoria” a cargo de un tercero, ya sea el órgano jurisdiccional o el órgano administrativo. La laguna de regulación se presenta siempre que las partes no han previsto y distribuido todos los riesgos posibles e inimaginables. Esta laguna tiene que llenarse mediante una imputación posterior del riesgo con ayuda de una “interpretación supletoria”. Las coincidencias entre el concepto económico del contrato y el derecho contractual se producen en la medida que, tras la celebración del contrato, surgen riesgos con lo que las partes no han contado, teniendo entonces que ser corregidos por el ordenamiento jurídico. En la medida que la relación jurídica

contenga lagunas de regulación se produce una reconstrucción de ella por el ordenamiento jurídico.

En el caso del derecho romano, el Sistema de Tutela Jurisdiccional más que apuntar a adjudicación de derecho, pretende una reconstrucción del contrato, dado que, ante el eventual incumplimiento, a través del *actio* se dirigen hacia un intérprete (*iudex*) quien restablecerá la relación obligacional ya sea con la prestación original o con la prestación sustitutoria que es la indemnización.

c) La declaración judicial como externalidades (costos no contratados)

Llamados por algunos como “efectos no contratados”, implica que en toda actividad humana hay ciertos costos y beneficios que son directamente asumidos por el agente del comportamiento específico. Pero no todo costo o beneficio es asumido directamente por el agente de un comportamiento. Estos costos y beneficios no asumidos por el agente, o que no le son compensados, son las denominadas “externalidades”. Así las externalidades generan una divergencia entre el costo social y el costo privado. La intervención del *iudex*, en la interpretación y reestructuración de la relación obligacional, es un costo ajeno a ella misma, que sólo se presenta ante el eventual incumplimiento, por tanto, en principio no previsto, y no deseado, sin embargo, ante su realización este costo deberá ser asumido por la parte perdedora, sirviendo como incentivo para el cumplimiento en lugar del incumplimiento.

Este Sistema de Tutela Jurisdiccional obedece a la composición político, social y económica de la sociedad romana de entonces que se constituye en una sociedad liberal, en tanto, si bien había una verticalidad social entre castas y clases, entre los “ciudadanos romanos” existía la más absoluta horizontalidad, lo que hacía que todos estuvieran en igualdad de privilegios y condiciones y de esta forma la “obligación” se convertía en el vínculo natural para mantener esta sociedad. Asimismo, económicamente basada en el derecho de propiedad, para efectos que funcione la asignación de recursos, este derecho era absoluto y merecía un trato especial y originaba una relación distinta y directa entre el titular del derecho y la “res”, por lo que su restitución, ante su eventual usurpación, tenía carácter de directa. El Estado sólo participaba para complementar o restablecer estas relaciones a pedido de parte, pero no intervenía directamente en ellas, el modelo socio económico exigía una intervención mínima del Estado.

### **3. Teorías de la acción y el “efecto Windscheid- Müther” (1856)**

En este periodo se genera una polémica entre Winscheid y Muther (profesores alemanes de gran prestigio); Winscheid trata de explicar que cuando existe una relación obligatoria de un acreedor y un deudor y se produce el incumplimiento se entiende que nace la acción, pero ¿Quién hace cumplir al deudor su obligación? Se tiene claro que no es el acreedor, sino el juez. Ergo, si el juez es parte de Estado, la acción no es una relación privada, es pública; por ello, se separa el concepto de acción y obligación.

Por otro lado, si bien Müther acepta el concepto de Winscheid, recalca que el objeto de la obligación es la prestación, y advierte que existe una diferencia entre la ejecución de la prestación producto de la sentencia del juez y el cumplimiento de la prestación en la obligación antes de que nazca la acción. De esta manera, el cumplimiento nace por el mandato del juez y no de manera espontánea, si bien la actividad es la misma, la génesis es distinta, teniendo en consecuencia la acción un contenido propio que es la pretensión.

A raíz de esto se crean las teorías dualistas donde se distinguen la acción y el derecho subjetivo, es decir, la acción va dirigida hacia el Estado y el contenido de la acción es la pretensión. Dentro de esta teoría se generan las siguientes teorías:

- a) Teorías concretas: plantean el derecho a solicitar a la jurisdicción la actuación concreta del derecho (a través de una sentencia favorable), primando el interés particular sobre la actividad del Estado
- b) Teorías abstractas: formulan dudas tales como si el Estado-juez rechaza una demanda por ser infundada, ¿se ejercitado el derecho de acción? La respuesta es sí, pues la acción se agota en ir ante el juez y solicitar actividad jurisdiccional.

#### **3.1. Teorías concretas**

En las teorías concretas, se considera la acción como tutela jurisdiccional, por lo que se presentan presupuestos como: reconocimiento general del derecho de acción, reconocimiento especial del derecho de acción, legitimación, interés en accionar y necesidad de tutela jurídica, y por último, la vigencia de la ley en el tiempo. Estos requisitos son necesarios para lograr una sentencia favorable. Existe cierta subordinación del interés del Estado (resolver el conflicto) ante el interés del particular (actuar el derecho al caso concreto).

Ante ello surgen varias críticas por parte de Binder: el derecho procesal se debería limitar a la relación procesal, pues exige excesiva teorización. Ello se refleja en el fracaso de la audiencia de saneamiento; en la audiencia se genera un debate entre las partes, sin embargo, esta se redujo a “la declaración de una existencia válida”, por lo que el juez solo analiza la demanda, cercenando cualquier otro debate.

Es así como Guisseppi Chioenda propone la acción como un derecho potestativo, que confiere el provocar la actuación de la ley frente al adversario, configurando la condición necesaria a la que el ordenamiento ha subordinado el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es decir, el ejercicio del derecho de acción no solo importa al particular, sino también al Estado en cumplimiento de sus fines (autoritarios); en consecuencia, se crean modelos como el Estado de bienestar, dejando de lado el *laissez faire, laissez passer*, convirtiéndose en un Estado más activo.

### **3.2. Teorías abstractas**

A diferencia de las teorías concretas, la teoría abstracta considera que la acción es el derecho a la actividad jurisdiccional, cualquiera sea su resultado. Su objetivo es mantener la paz y el orden social, por lo que se vislumbra una pugna entre cierto interés material insatisfecho y el interés de acudir al Poder Judicial; este conflicto solo puede ser resuelto por el Estado. Por lo tanto, se necesitan requisitos mínimos como: capacidad, juez competente y requisitos formales.

Las corrientes de las teorías abstractas implican:

- a) La elaboración de un concepto del derecho de acción que explique la iniciación y prosecución del proceso con independencia del resultado (Liebman, Pietro-Castro).
- b) Un concepto de acción como poder de provocar la actividad jurisdiccional, aunque sea mínima (el objeto es la pretensión: Montero, Fairen).
- c) Acto de iniciación del proceso (Serra, Guasp)

A manera de conclusión, las teorías concretas responden a un modelo de Estado liberal mientras que las teorías abstractas responden a un modelo de Estado de bienestar.



### 3.3. El “efecto Windscheid- Müther”

*“Para Müther, la actio no era, pues, un apéndice o un complemento del derecho subjetivo (como pensaba Böcking y Puchta) ni el nuevo derecho a un comportamiento del adversario surgido de la violación de un derecho precedente (según el criterio de Savigny), ni finalmente, el equivalente romano de la pretensión en el sentido de Windscheid, sino el derecho al libramiento, o, más ampliamente, el derecho a la tutela judicial”.<sup>26</sup>*

Con esta cita se resume el contenido de la concepción de la “actio” originada a finales de 1856, de la famosa polémica Windscheid – Müther, que para propósito de este trabajo lo denominaremos el “efecto Windscheid – Müther”.

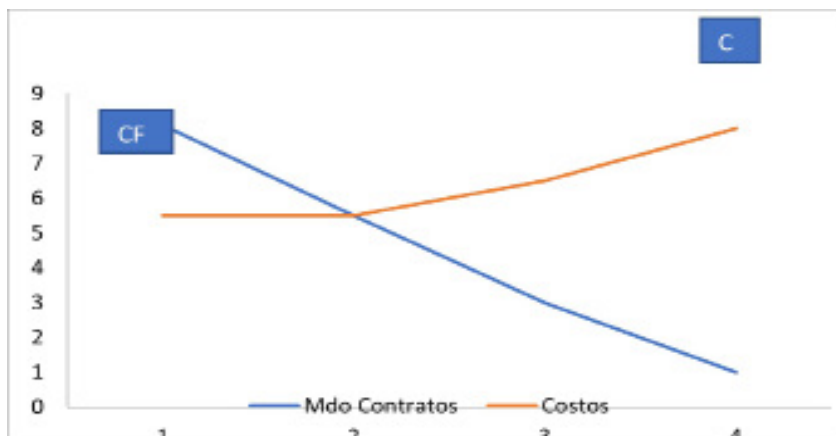
El efecto que causó dicha concepción para la formación de un “Sistema de la Tutela Jurisdiccional” se traduce en:

- Se extendió el concepto de “actio”, no solo para el derecho de obligaciones sino también para los derechos reales;
- A partir de ese momento se concibe como un “derecho” (acción) por el cual una persona puede acudir al órgano jurisdiccional para solicitar tutela.
- Este derecho (*actio*), se traduce en un “costo fijo” alto para la celebración de contratos, ya que este derecho se incorpora a toda relación contractual o no contractual, (abstracto) y ahora dirigido

<sup>26</sup> PUGLIESE, G. «Introducción», en: WINDSCHAID, B. y MÜTHER, T., *Polémica sobre la actio.* , edición traducida Banzhaf. T. A. (Buenos Aires: EJEA, 1975), pág. XXXIII

hacia el Estado (público) quien tiene que definir la adjudicación de un derecho subjetivo, para lo que a efectos de no desincentivar las relaciones, y a diferencia del derecho romano, la decisión (sentencia), ya no debe representar un costo variable alto, sino un costo variable moderado, lo que se logra a través de mecanismos como la codificación, previsibilidad de reglas (principio de legalidad), determinación del órgano jurisdiccional (principio del juez legal).

- Este "costo fijo" (*actio*) ahora es establecido por el Estado, por tanto, para su determinación es que se elaboran los conceptos de configuración de este costo (condiciones y presupuestos) para poder acceder a este sistema.
- Finalmente sucede, que el "costo fijo- acción" determinado por el Estado al ser tan alto (configuración de presupuestos y condiciones que el solicitante debe cumplir para acceder al sistema) se traslada a la persona y se internaliza convirtiéndose un derecho, siendo ahora este su titular y queda para el Estado la determinación del costo variable que es la sentencia, diseñándose así un nuevo "sistema de tutela jurisdiccional" frente al sistema de "tutela obligacional" de derecho romano.



#### 4. Conclusión:

En consecuencia, los denominados presupuestos procesales y condiciones materiales para el ejercicio del derecho de acción provienen de la estructura y desarrollo de este concepto, de tal manera, que en un primer momento, las condiciones materiales (legitimidad, vigencia de la ley e interés)

responden a los elementos esenciales para obtener una sentencia favorable en el fondo del asunto que corresponde a una teoría concreta de la acción en una concepción liberal del Estado, resultando la actividad jurisdiccional en una actividad concreta que subordina el interés general al interés particular.

Por su lado, los presupuestos procesales, son el resultado de una nueva concepción de la acción como abstracta, que resume su finalidad en la activación del sistema de administración de justicia, en una concepción del Estado de Bienestar, subordinando el interés particular al interés general.

En el Perú no se acogió estrictamente las teorías concretas, ya que el CPC mezcló ambas teorías con la finalidad de rechazar liminarmente aquellas demandas que no tendrían fundamento. Sin embargo, esto generó los denominados “incentivos perversos”, en cuanto procuraba una descarga procesal, más bien generó más carga, al trasladar o subvencionar la asignación de esfuerzo de las partes hacia juez para el cuestionamiento y revisión de las condiciones materiales y presupuestos procesales.

En ambos, casos la generación de dichos elementos para el ejercicio de la acción se fundan en una visión científica del derecho procesal basado en la autonomía del derecho de acción, pero como se ha visto en la actualidad necesita una revisión.



# La motivación en las resoluciones judiciales\*

Reynaldo Tantaleán Odar\*\*

*Universidad Nacional de Cajamarca*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Interpretación normativa / 3. La motivación / 4. Finalidad de la motivación / 4.1. Fundamentos de hecho y de derecho / 5. Motivaciones estereotipadas/ 6. Decretos y pseudo-decretos/ 7. Discusiones breves sobre la motivación / 7.1. El bagaje jurídico-filosófico al interpretar / 7.2. El mandato constitucional en la oralidad / 7.3. ¿El Tribunal Constitucional como máximo interprete? / 7.4. Esquema estético / 7.5. Desarrollo puntual y de puntos controvertidos / 8. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

Para entender la complejidad del tópico, es necesario remitirnos a la realidad, ya que, lo mismo que sucede en todo conflicto judicial, sucede en todo conflicto interno humano. Los sujetos que se inmiscuyen en dicha realidad la pueden percibir de modo distinto, aunque se trate del mismo fenómeno —situación explicable por las técnicas de comunicación y percepción—. Por ejemplo, cuando se estudian los cursos de conciliación, de negociación o de la teoría de conflictos, se enseña que los problemas tienen un fundamento en la comunicación, en la falsa percepción y en la transmisión.

Ludwig Wittgenstein, filósofo alemán, sostenía que muchos de los problemas que abarca la filosofía mantienen relación con el lenguaje. Entonces, pese a contemplar un mismo fenómeno, 2 sujetos no lo perciben jamás de forma idéntica.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de mayo al 2 de junio del 2022.

\*\* Abogado, Magíster en Derecho Civil y Comercial, y Doctor por la Universidad Nacional de Cajamarca. Con especializaciones nacionales e internacionales en derecho de familia, género, menores, procesal civil, constitucional, procesal constitucional, arbitraje, conciliación, docencia e investigación. En la actualidad es Juez especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y docente en la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Ergo, en el derecho sucede lo mismo, en torno a una misma realidad se configura un conflicto entre dos sujetos, un deudor y un acreedor, un propietario y un poseedor, un cónyuge y otro, etc. Se percibe la realidad de forma particular, en la cual intervienen, entre otras cosas, los filtros de situaciones que le sean de su conveniencia.

Supongamos que el sujeto A cree que su pareja le ha sido infiel, o que abandonó el hogar, y su contraparte que percibe una situación distinta también por los mismos defectos, concepciones, filtración de información, canales perceptivos y engañosos, mala interpretación o escucha, etc. En este sentido, se contemplan tres realidades: la realidad concreta ideal, la realidad 1 —formada por la percepción de uno de ellos—, y la realidad 2 formada por el otro sujeto.

Así se observa que, entre la realidad 1 y la realidad 2 hay una diferencia, hay una distancia, por lo tanto, son antagónicos. El problema no se agota en lo descrito, ya que el sujeto de la realidad 1, va en búsqueda de un abogado a quien le cuenta su verdad, su versión, en la cual puede exagerar o callar ciertas situaciones. Naturalmente el abogado tendrá como norte el triunfo de su patrocinado, formándose una realidad 3, distinta de la 1, la 2 y la inicial. El letrado, obviamente, filtra más, percibe de modo distinto, escucha y arma de esta forma su realidad. Por el otro lado, se repite el mismo ejercicio con el sujeto de la realidad 2, creándose, por parte del segundo abogado, una cuarta realidad.

El resultado final es que la realidad que presenta el abogado demandante (la 3), es totalmente antagónica a la realidad 4; y su vez, el demandante de la realidad 1 y el demandado de la realidad 2, se encuentran más cerca de la verdad, situación contraria de los abogados y de sus realidades 3 y 4. Ello explica por qué es mejor que un conflicto se solucione vía conciliación o negociación, ya que son los sujetos directamente implicados los que están más cerca de la realidad; en cambio, los abogados son mucho más distantes y perciben el fenómeno de otro modo. En cuanto el abogado le cree al patrocinado, se forma una realidad totalmente distinta y a veces bastante lejana de la realidad inicial.

Por ello no es contradictorio que al Poder Judicial lleguen, sobre el mismo hecho, dos posturas totalmente diferentes. En este escenario aparece una nueva realidad, a del juez, a quien se le presentan dos realidades distintas; la cual presenta complicaciones al dialogarse con las partes, ya que estas pueden agregar o quitar elementos a su discurso. Por ejemplo, el demandante podría estar de acuerdo con que el demandado pueda visitar a sus hijos, aunque su demanda sostenga lo contrario.

En este sentido, el juez y el Poder Judicial deben reconstruir esta realidad e intentar aproximarse a la concreta e inicial; pero, lo paradójico es que el juez es el sujeto más lejano a esta realidad, aunque su labor es reconstruirla con base en los medios probatorios actuados. Si una parte alega que solo se le pagó una parte y no lo prueba, el juez no puede concluir que esa es la realidad, aun cuando esta sea cierta. Se trata entonces de una realidad probatoria elaborada por el juez.

La situación se vuelve aún más compleja cuando intervienen más personas sea en calidad de parte o de testigo. Por ejemplo, un testigo podría decir que ha visto un ómnibus y atrás de este, una combi, y al acelerar chocaron; sin embargo, cuándo se analiza el vídeo, en ningún momento apareció la combi. Por ello, si se rige sólo por la declaración del testigo, no se alcanzaría la realidad en sí; incluso, muchos casos se resuelven así, siento un arribo incorrecto e ineficiente.

## **2. Interpretación normativa**

En el aspecto normativo se contiene una disposición normativa, un artículo legal, etc., la cual puede tener varias interpretaciones. Esta puede ofrecerla un sujeto común, un técnico, un especialista en derecho doctrinario, un juez, un tribunal, etc.

Es así, que lo correcto sería regular siempre a quien emitió el dispositivo, para saber la interpretación correcta, —como decía el profesor García Manrique—, los juicios de valor referidos a la conducta humana son relativos porque su verdad o falsedad no pueden determinarse absolutamente, a menos que se trabaje con el sistema de creencias del emisor del juicio. Es decir, si las leyes las genera el legislador, el único mecanismo de saber si una interpretación correcta sería recurrir al legislador cada vez que se configure un disenso sobre la interpretación de la norma. Asimismo, no es necesario recurrir a la interpretación del legislador debido a la separación de poderes. El juez, desde que existe la separación de poderes, está en la posibilidad de reinterpretar el texto legal de un modo tal que se aproxime a la justicia

Ahora bien, ¿qué interpretación interesan a las partes? ¿la que haga un doctrinario reconocido? No ¿La que haya hecho la Corte Suprema? No. Lo que le interesa a la parte es la interpretación que va a dar el juez al solucionar su caso, ya que es él quien sentenciará. Por lo tanto, la labor del técnico, del abogado, es convencer al juez de que una interpretación conveniente al caso. Entonces, el juez ya cuenta con dos problemas: reconstruir la realidad e interpretar la normativa aplicable al caso.

Sobre ello se construye el esquema de la motivación. Si se revisa el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, inciso 5, son principios y derechos de la función: “*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*”. Entonces, el punto de partida es la función jurisdiccional, propia labor de los jueces, pero, si se es sistemático con la Constitución, también aplica la motivación al arbitraje, y eventualmente a las comunidades campesinas nativas.

### **3. La motivación**

No es ni principio ni un derecho del juez o árbitro a motivar sus sentencias, sus autos, o laudos; es una exigencia nacida en el derecho de las partes, de los interesados. Tampoco es principio de la función jurisdiccional, sino un principio y derecho en favor de los litigantes. En este sentido, esta exigencia no solo es dirigida hacia el Poder Judicial, sino a los tribunales arbitrales y comunidades campesinas, a las cuales la propia Constitución les concede funciones jurisdiccionales. Sin embargo, la debida motivación o la motivación, se extiende a todo otro ente que tenga una potestad resolutoria, todo ente. Entonces, recae sobre entes administrativos, tribunal de INDECOPI, el Tribunal de SUNAT, el registral, la fiscalía, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, etc.

La motivación se extiende, en realidad, a todo trámite donde se altere una situación o relación jurídica; es decir, si al interior de una asociación se decide excluir o sancionar a un socio (un jugador de fútbol), esta disposición requiere de una motivación. Incluso dentro de un trabajo, si el empleador realiza una amonestación, requiere que se le explique al trabajador los motivos de esa llamada de atención. Es más, siempre que se altere una situación o relación jurídica, con mayor razón cuando es sancionadora, debe motivarse.

### **4. Finalidad de la motivación**

Ahora bien, el porqué se solicita la motivación, aunque se pueda conocer o sobreentender, no debe de olvidarse. Son las siguientes:

- Conocimiento: Deben conocerse las razones de la resolución; es decir por qué se ha resuelto de tal o cual modo.
- Garantía: Se procura garantizar el control jurisdiccional con los medios impugnatorios; es decir la parte que se cree perjudicada puede impugnar, siempre y cuando sea susceptible de realizarse dicha acción.

Retomando el artículo 139, inciso 5, existen dos contenidos en la motivación: la base fáctica y la jurídica.

#### **4.1. Fundamentos de hecho y de derecho**

La fundamentación de hecho consiste en dar a conocer a los demás, a través de la resolución, la representación de la realidad, sobre la base de la valoración de las pruebas aportadas. Quiere decir que, si se aportan al juez pruebas, medios de prueba, el magistrado podrá rearmar la realidad y afirmar cuál es la realidad. Eventualmente podrá solicitar pruebas de oficio, en cuanto lo presentado no lo convenza, por ejemplo, una pericia.

Son la reconstrucción o integración de normas, implica una valoración jurídica de los hechos. Esta motivación garantiza el control jurisdiccional con los medios impugnatorios; ya que en las apelaciones se requiere un error de hecho o de derecho. Ello quiere decir que en la apelación, el ente superior debe determinar el error de entendimiento de la realidad. Por ejemplo, un deudor creyó que sí había pagado, pero en realidad no lo ha realizado; él está valorando un mismo depósito dos veces, aunque lo haya realizado sola vez; claramente es un error de hecho. Tras ello, se detalla la fundamentación de derecho, en la cual el juez considera disposición como aplicable; del mismo modo puede configurarse un error en este nivel.

En la práctica, dentro de las apelaciones se suele repetir lo expresado en la demanda, lo que no representa un debido control jurisdiccional a través de un medio impugnatorio. El juez en primera instancia ha resuelto ¿se equivocó en percibir la realidad? Puede responderse afirmativamente en cuanto él no valoró, por ejemplo, un medio de prueba.

#### **5. Motivaciones estereotipadas**

En la labor de la judicatura se evidencia que las sentencias (y las demandas) son casi iguales; en esencia cambian los hechos ya que la norma aplicable suele ser la misma. De igual forma, si bien un apartado de la motivación es idéntico (el normativo), la otra parte no lo es. A propósito de ello Jesús González Pérez sostiene que el avance de la tecnología ha configurado formatos motivacionales, a los cuales adecuamos algunos aspectos. Estas son las motivaciones estereotipadas que si bien evitan que el redactor se encuentre frente a una tabula rasa, no es propiamente un defecto en la motivación; ya que, en sentido estricto, no existen casos idénticos.

## **6. Decretos y pseudo - decretos**

Los decretos son resoluciones que solo impulsan el proceso, por ello no, deben motivarse; por ejemplo, la citación a una audiencia, no se requiere la motivación, solo la cita. Sin embargo, en la realidad aparecen algunos *pseudo-decretos*, es decir, aquellas resoluciones que se ocultan bajo la apariencia de un decreto, resolviéndose un asunto de fondo. Estas prácticas son peligrosas, en cuanto, de acuerdo con el proceso civil, los decretos se impugnan vía reposición, lo que facilita el pronto vencimiento del plazo.

Lo correcto es resolver una situación o relación jurídica junto con una debida motivación; otra situación plantea los decretos, que pueden contar con 3 o 4 líneas. No obstante, un asunto que debió resolverse mediante auto, se realiza por decreto, con el riesgo de que el litigante no sepa interponer apelación o reposición en la fecha; además, implica un doble trabajo: demostrar que es un auto, y apelar.

## **7. Discusiones breves sobre la motivación**

### **7.1. El bagaje jurídico-filosófico al interpretar**

Tras el ente resolutor existe un bagaje jurídico-filosófico, la cual dependerá de la formación universitaria y académica. Comúnmente, en materia de interpretación, suelen presentarse problemas en torno al enfoque de violencia a las mujeres, la cual está influenciada por la formación familiar. De igual forma, será distinta la interpretación normativa en cuanto la formación académica esté signada por una determinada malla curricular; por ejemplo, la preponderancia de cursos económicos, de contratos, de títulos valores, se dan en algunas universidades más que en otras, lo que puede generar dificultades al momento de resolver una causa. Marcial Rubio, indicó, que el problema de los criterios interpretativos es su falta de jerarquía.

### **7.2. El mandato constitucional en la oralidad**

La resolución judicial debe contener una motivación escrita, pero, con el auge de la oralidad, se propone que la sentencias y los medios probatorios tengan dicha calidad. La pregunta es, ¿cómo hacemos compaginarlo con el texto constitucional?, la salida más “fácil” —en realidad representa la más difícil— es modificar la Constitución; la otra solución es elaborar la sentencia por escrito y guardarla en el sistema; solo se oraliza la parte resolutoria, aunque la oralidad busque que la sentencia sea verbalizada a plenitud.

Entonces, veamos mejor la interpretación el artículo 139, la necesidad de la escriturabilidad de la sentencia puede suprimirse, ya que la finalidad de la motivación dar a conocer los fundamentos de la resolución y permitir el control constitucional vía medios impugnatorios; por lo tanto, la escritura no es la esencia. Ergo, se podría reinterpretar ese artículo de modo tal que en el proceso se puedan expresar los fundamentos de forma oral; la apelación correría similar suerte. Sin embargo, muchos consideran que debe de ser escrito por contravención a la Constitución.

### **7.3. ¿El Tribunal Constitucional como máximo intérprete?**

El Tribunal Constitucional suele ser considerado como el máximo intérprete de la Constitución. Ello es discutible, porque, si bien puede interpretar la Constitución, el ámbito de interpretación de las leyes le pertenece a la Corte Suprema.

### **7.4. Esquema estético**

Se recomienda un esquema estético, es decir agradable a la vista. Como recomendación se presenta el desarrollo de los subtemas en la sentencia. De igual forma, debería simplificarse la lectura y usar un lenguaje asequible a la población a la parte; en caso de deber usar un tecnicismo, debe procurarse explicarlo en el mismo texto. Por ejemplo, al comparar una sentencia de casación de hace 10 años, con una del INDECOPI, de hace 10 años, estéticamente hay una diferencia.

### **7.5. Desarrollo puntual y de puntos controvertidos**

Cuando un abogado litigante recibe una sentencia bien fundamentada, sabe perfectamente cómo y dónde apelar. No obstante, la sustentación del pedido también debe ser entendible, en cuanto el juez puede identificar lo petitionado. Es un trabajo mutuo, tanto el juez como los abogados deben procurar otorgar las facilidades para que se administre de modo correcto la justicia en nuestro país.

## **8. Respuestas a las preguntas del público**

### **8.1. El auto que resuelve improcedente la reposición ¿es apelable?**

Si se logra demostrar que es un auto encubierto y se pide vía reposición, y no la dan, se puede seguir impugnando hasta que se logre la pretensión. Ahora bien, si se pide la nulidad de una resolución, se está utilizando la nulidad como recurso; no obstante, para nuestro sistema procesal civil,

el doble recurso está prohibido. Por lo tanto, si se pide la nulidad de una resolución y se deniega, y luego se apela, ello estaría prohibido. Pero si se solicita la nulidad de un acto de notificación, y no se concede, sí se podría apelar, ya que no se está utilizando la nulidad como recurso, sino como remedio; algo similar ocurre con la reposición. Si el objetivo es hacer justicia, se debe de intentar entender las resoluciones en el sentido más próspero para la justicia.



# La motivación de la sentencia\*

Christian Cárdenas Manrique\*\*

*Universidad de San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Garantismo Procesal / 3. Derecho y garantías presentes en el proceso / 3.1. Tutela jurisdiccional efectiva / 3.2. Garantía del juez natural / 3.3. Derecho a la prueba / 3.4. Garantía de exclusividad de la jurisdicción / 3.5. Derecho a la defensa / 4. La motivación de la sentencia / 5. Motivación inexistente o aparente / 6. Falta de motivación interna del razonamiento / 7. Deficiencia en la motivación externa / 8. La motivación insuficiente / 9. La motivación sustancialmente incongruente / 10. Respuesta a las preguntas del público.

## 1. Introducción

Antes de poder tratar la motivación en la sentencia, es necesario comenzar abordando el debido proceso, por cuanto la motivación viene siendo parte de este derecho constitucional. Asimismo, debe tratarse lo correspondiente al modernismo procesal, el mismo que viene siendo una corriente procesal contemporánea, que establece que en el proceso tienen que existir ciertas garantías para proteger los derechos de las partes (demandantes y demandados).

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de mayo al 2 de junio del 2022.

\*\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con grado académico de Maestro en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villareal. Cuenta con un posgrado en Ciencia Política y Gobierno de la Maestría en Gestión Pública por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especializado en Derecho Civil, Constitucional y Administrativo. Cuenta con experiencia docente en escuelas de Derecho (Pregrado y Posgrado). Autor de la obra "Introducción al Derecho Procesal Civil", y con publicaciones en revistas especializadas sobre temas jurídicos. Miembro del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Premio a la Investigación Jurídica "Darío Herrera Paulsen 2013", otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Registrado en el Colegio de Abogados de Lima desde el año 2009 (CAL 48118). Ha laborado en el sector público y privado.

## 2. Garantismo procesal

Esta corriente del garantismo procesal proviene del siglo XX, en donde se supera la idea de que el proceso es un mero instrumento que se utiliza para resolver un conflicto entre las partes; estableciendo, además, que en este existen garantías que buscan salvaguardar los derechos de las partes durante el transcurso del mismo.

De esta manera, podemos afirmar que estas garantías son seguridades jurídicas que protegen derechos fundamentales en el proceso judicial. Dentro de las garantías aseguradas se contemplan al juez imparcial, el juez independiente, la motivación de decisiones judiciales, la pluralidad de instancia, el derecho de defensa, entre otros.

## 3. Derechos y garantías presentes en el proceso

Ahora bien, antes de abordar específicamente la motivación de la sentencia como derecho constitucional, debemos abordar otros derechos fundamentales presentes en el proceso.

### 3.1. Tutela jurisdiccional efectiva

Este derecho implica que las partes tienen la facultad de acudir al órgano jurisdiccional y solicitar la resolución de una controversia. Asimismo, este derecho ha evolucionado en el tiempo, ya que, en el periodo del derecho romano, imperaba el derecho de las acciones, en el cual solo se podía asistir al órgano jurisdiccional en ciertos casos y no en todos. La condición para que una persona pueda acudir a un proceso jurisdiccional era que debía existir un proceso preestablecido, como la acción reivindicatoria, pauliana, oblicua, entre otras; todos ellos regulados en el ordenamiento jurídico de la época. De otro lado, la tutela jurisdiccional efectiva se confunde mucho con el derecho al debido proceso, pudiéndose apreciar en la doctrina la existencia de un debate si se trata de lo mismo o de dos figuras diferentes. En lo que respecta al caso peruano, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia N.º 08123-2005-HC/TC ha señalado que:

*“El debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de la decidido en la sentencia, en decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción”.*

### **3.2. Garantía del juez natural**

Esta garantía indica que, cuando una persona iniciará un proceso, debe contar con la certeza del tipo de juez que dirigirá el proceso; es decir, ya existe un juez predeterminado por ley que va a ser el competente para resolver la controversia. Un ejemplo sería el juez comercial en los procesos de ejecución de títulos valores.

### **3.3. Derecho a la prueba**

Este derecho también está íntimamente relacionado con la motivación de las resoluciones judiciales, ya que el juez en la sentencia debe motivar los hechos en los que sustenta su decisión con base en las pruebas actuadas en el proceso.

De esta manera, las partes al presentar y contestar la demanda tienen la posibilidad de poder presentar pruebas. Ante esta potestad, la ley prescribe plazos y oportunidades para su actuación.

### **3.4. Garantía de exclusividad de la jurisdicción**

Esta garantía está contenida en el artículo 138 de la Constitución Política peruana, y establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo, prescribiendo que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales. En el caso peruano existen cuatro clases de jurisdicción. Al respecto, el juez revisa los presupuestos materiales y procesales, revisando si es competente para conocer este proceso.

### **3.5. Derecho a la defensa**

Implica que el demandado pueda contradecir los hechos que están siendo alegados por el demandante.

El demandado puede contestar, no contestar, presentar excepciones y defensas previas, tacha, oposición, reconvencción, allanar o reconocer la demanda.

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

Este derecho a la motivación de las sentencias judiciales es uno relativamente reciente, por cuanto antes, los juzgados no tenían la obligación de motivar las decisiones judiciales, toda vez que esa era una actividad que estaba reservada a la nobleza.

Será recién con la motivación francesa cuando se introduce la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, con la intención de someter la actuación del juez a la ley; a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.

En el caso peruano, ya con la Constitución de 1828, se estipulaba en su artículo 122<sup>a</sup>, que los juicios civiles deben ser públicos, los jueces deliberarían en decreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública.

Actualmente, el inciso 5 del artículo 139 de nuestra actual constitución prescribe que en un principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que se sustentan.

En ese mismo sentido, se pronuncia el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122 del Código Procesal Civil, que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, puesto que incumplimiento acarrea la nulidad de la misma. Por lo tanto, se concluye que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, y garantiza que las resoluciones se encuentren justificadas en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.

En el expediente N.º 3943-2006-PA/TC se ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes casos que a continuación se plantean.

## **5. Motivación inexistente o aparente**

Se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión; o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso; o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico, es decir, no son idóneos para adoptar dicha decisión.

Una motivación aparente se produce cuando los árbitros no exponen las razones por las cuales arriban a la conclusión que aparece en la parte resolutive (Resolución de la Corte Superior de Lima, 1º Sala Comercial – Expediente 000306-2019).

## **6. Falta de motivación interna del razonamiento**

La falta de motivación interna del razonamiento se presenta en una doble dimensión: i) Cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; ii) cuando existe incoherencia narrativa; que a la postre, se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

De esta manera, se trata en ambos casos, de identificar la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

## **7. Deficiencia en la motivación externa**

Este caso se concreta cuando el juez ha partido de premisas falsas que no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

Como ejemplo podemos apreciar lo descrito en el Expediente N.º 00764-2018, en donde la Sala Suprema a sostenido lo siguiente:

*“Como segundo argumento, porque la sala ha sostenido como hecho debidamente acreditado, que el proceso de rectificación de áreas ha concluido en todas las instancias judiciales, a pesar de que en sede casatoria el demandante le evidenció que dicho proceso estaba en trámite”.*

## **8. La motivación insuficiente**

Esta se configura cuando no se expresa la justificación de las premisas que no son aceptadas por las partes, ni se indican los criterios de inferencia, ni se explican los criterios de valoración o el por qué se prefiere una alternativa y no otra.

*“Es derecho de los justiciables el recibir del órgano encargado de impartir justicia un pronunciamiento razonado que haga visible el análisis de los medios probatorios; garantía que, habiéndose omitido en la sentencia, acarrea nulidad (Cas. Lab. 19677, Cusco)”.*

## **9. La motivación sustancialmente incongruente**

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en los que se planteen. En otras palabras, son desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal.

Este principio exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas. Lo citado anteriormente, en doctrina recibe por nombres: *ultrapetita*, *extrapetita* e *infrapetita*.

Las resoluciones *ultrapetita* se configuran cuando el juez emite un pronunciamiento sobre algo más de lo pedido; *extrapetita*, cuando se pronuncia sobre algo que no ha sido pedido; e *infrapetita*, cuando se pronuncia por algo menor a lo que se ha pedido.

## **10. Respuestas a las preguntas del público**

### **10.1. ¿Cuál sería la diferencia entre las sentencias declarativas, constitutivas y las de condena?**

Esta clasificación de tipos de sentencia se relaciona con los tipos de pretensión. En primer lugar, las sentencias de condena son aquellas que obligan al demandado a que cumpla con una obligación a favor del demandante (Ejemplo: Obligación de dar suma de dinero).

De otro lado, las declarativas son aquellas en las que se declara un derecho (Ejemplo: Las de prescripción adquisitiva).

Y en tercer lugar, las constitutivas son las que modifican o extinguen una relación jurídica (Ejemplo: la resolución de un contrato).

Ahora bien, de otro lado podemos mencionar a las sentencias inhibitorias, las cuales declaran improcedente la demanda en virtud del artículo 427 del Código Procesal Civil.

# Fundamentos del recurso de apelación y queja\*

Sergio Casassa Casanova\*\*

*Universidad de San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Ideas previas / 2. Modelos de impugnación previos / 3. Apelación / 3.1. Adhesión / 3.2. Requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la apelación / 4. Queja / 5. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Ideas previas

Previamente, se deben sentar ciertas ideas base para comprender lo respectivo al recurso de apelación y el recurso de queja. La primera está referida al fundamento constitucional del sistema de impugnación, pues, en repetidas ocasiones, autores nacionales e internacionales hacen algunos “malabares” interpretativos de investigación para tratar de responder a dicha cuestión.

De hecho, en las constituciones en general no se contempla explícitamente un derecho a impugnar, aunque algunos autores lo asemejan con el derecho de defensa, el derecho de acción, la tutela jurisdiccional, el debido proceso, entre otros. Empero, no es necesaria realizar dichas “acrobacias jurídicas” porque la Constitución peruana, en el artículo 139 inciso 6, regula el derecho a la pluralidad de instancias, cuyo medio para provocarla es la apelación. Así, no se podría dudar de la constitucionalidad del medio para provocar la garantía al proceso que se tiene, pues recaería en la pluralidad de instancias como reconocimiento de aquel derecho.

Sin contradecir lo anterior, sería pernicioso considerar que todas las impugnaciones que pueda prever el ordenamiento procesal sean manifestaciones de la constitucional pluralidad de instancias. Es decir, no todo se deriva de este último principio (de pluralidad), sino que es una cobertura constitucional autónoma, por lo que no es necesario adscribirla a otro derecho constitucional procesal mayor.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de mayo al 2 de junio del 2022.

\*\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú con mención en Derecho Procesal. Asociado al Estudio Martínez & Torres-Calderón Abogados.

Por otro lado, el legislador no puede crear, regular o estructurar un proceso en una instancia única. Sin embargo, no siempre se recurrirá a una siguiente instancia, pues eso siempre queda a la libre disposición de los enjuiciables, de acuerdo con el artículo 361 del Código Procesal Civil, donde establece que es lícito los pactos de renuncia de los recursos. Así, en el ordenamiento procesal se debe diseñar un proceso con instancia natural que constituye un derecho subjetivo del justiciable y no objetivo como exigencia del sistema mismo. De hecho, si fuera de esta forma, la resolución final de un proceso o cualquier tipo de proceso (conocimiento abreviado sumarísimo, ejecución) estaría necesaria y oficiosamente vinculada a pasar a conocimiento de otro juez, indistintamente del que querer de las partes, lo cual, no sucede.

Como segunda cuestión, siempre surge la duda sobre si se puede prescindir legislativamente del recurso de apelación. En el Código Procesal Civil, se logra encontrar casi 30 tipos de resoluciones inimpugnables ¿Podría considerarse inconstitucional dicha regulación? No, pues se garantiza la pluralidad de instancias, en el sentido de las etapas, desde la demanda hasta la sentencia. Por otro lado, las otras resoluciones interlocutorias no necesariamente están ligadas a la pluralidad de instancias, porque propiamente no son apelaciones. Entonces, ¿la apelación es un recurso de configuración legal? No, porque de una u otra manera, por sobre todo llamando a la apelación de sentencia es el medio para provocar la revisión ante otra instancia.

## **2. Modelos de impugnación previos**

Un primer modelo fue la doble instancia, el cual contemplaba la existencia solo de un ulterior grado de juicio, al llevarse a un distinto juez. Así, esta decisión prevalecía sobre la primera y estaba destinada a adquirir la calidad de cosa juzgada. Esta estructura nace en Francia, pero era una que permitía o admitía otras impugnaciones, dependiendo de la estructura y finalidad de ordenamiento procesal del lugar. Asimismo, no eran impugnaciones evolutivas sustitutivas, pues de una u otra manera, promovían una ulterior instancia.

Por otro lado, el modelo de pluralidad de instancias consideraba tantas instancias cuantas jerárquicamente hubiese (en el Código de 1912 había tres instancias). La doble o triple instancia se mantuvo en la legislación peruana desde 1832 hasta 1852 junto con la figura de la súplica. Es decir, si una persona ganaba el juicio en primera instancia, perdió en segunda instancia, pero ganó en tercera instancia, ganaba el juicio. Así, si ganaba consecutivamente 2 veces, culminaba el proceso y no había posibilidad de impugnar



más veces. A causa de lo último, surge otra cuestión sobre la posibilidad de tener un proceso de instancia. Sobre ello, el Tribunal Constitucional en una sentencia, la N.º 4235-2010, en un hábeas corpus, estableció que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad a instancias, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra sentencias que impongan una condena penal, que impusieran medidas coercitivas personales. En la misma línea, en caso de que fuera un proceso no penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental, podría estructurarse de la forma mencionada anteriormente.

De esta forma, la interpretación del Tribunal Constitucional es que si, si el legislador establece en un proceso no penal la instancia única ante un órgano jurisdiccional colegiado —entiéndase tres o más magistrados—, la regulación sería plenamente constitucional, pues no afecta el contenido esencial de la pluralidad a distancias. Sobre esto, el mismo Tribunal aclara que la constitucionalidad se estructura en cuanto pertenezca al ámbito de configuración legal de los derechos fundamentales. Esta es la idea distorsionada del Tribunal Constitucional, que es apoyada por algunos autores.

Observando esta posición desde el análisis económico, se dilucida que el error de juicio se presenta en ambas instancias, tomando en cuenta incluso que los jueces superiores cuentan con más preparación que los de primera instancia. Consecuentemente, importaría un desperdicio de tiempo, vulnerándose el principio de plazo razonable y la efectividad de tutela; por ejemplo, tras la actuación de un recurso de apelación, el superior no efectúa su labor con la inmediatez requerida, propiciando la multiplicación del error. Asimismo, no es posible soslayar los costos administrativos acarreados por el mantenimiento de una segunda instancia. De hecho, es verdad que se genera incentivos perversos por el efecto suspensivo, lo que algunos autores denominan abuso procesal.

### 3. Apelación

Es un recurso concebido exclusivamente para solicitar el reexamen de autos o sentencias que contenga una decisión del juez. En ese sentido, se conocen dos modelos de apelación: una apelación plena denominada *novum iudicium*, que un examen total de instancia; y una apelación limitada, que importa una revisión crítica de la sentencia.

Si se desea hacer un recuento histórico de qué modelos se tuvo en el Perú, cabe retroceder algunos códigos. Por ejemplo, el recurso de apelación en el Código de 1852 contaba con una prelación para promover una segunda instancia, en principio, como remedio general contra las sentencias injustas.

tas. Sin embargo, existió una suerte de segunda opción como un remedio limitado, referido a la causa perdida en segunda instancia ante la Corte de Justicia, siempre que la sentencia o el auto no sea confirmatorio de la primera instancia. Ello se formulaba a través del recurso de súplica; era el medio para promover una tercera instancia, pero buscaba una doble conformidad (sea con la decisión de primera o segunda instancia). Por tanto, era una auténtica segunda apelación a manera de remedio horizontal.

Esta estructuración desaparece en el año 1855 tras el reemplazo por el recurso extraordinario de nulidad, el cual convertía a la Sala Suprema en una tercera instancia. Mientas, el modelo de 1852 era pleno, *novum iudicium*, permitía alegar nuevos hechos, nuevas.

El modelo de apelación se mantiene en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 con una operación plena, pero con una variación: se incorpora en este cuerpo legislativo las unidades de oficio. Así, la Corte, vía de apelación, podía de oficio declarar nula un auto o una sentencia si lo consideraba conveniente. Luego, el modelo cambia en 1993, el cual transita de una apelación plena a una apelación revisión, de acuerdo con los artículos 364 y 366. Brevemente, el artículo 364 menciona que el órgano superior debe examinar la resolución, y el 366 prescribe que se debe indicar el error de hecho y de derecho incurrido en la resolución.

Por tanto, se evidencian características propias de una apelación revisión, la cual devendrá en devolutiva o no devolutiva. Sobre lo último, la correcta traducción en italiano de *devolvere* no es devolver, es trasladar, con lo cual, muchas veces se le traslada la posibilidad al juez superior o a los jueces de apelación el reexaminar o pronunciarse sobre el fondo de la controversia o, eventualmente, declarar nula la sentencia y devolverla para que juez de origen corrija su error. Por tanto, en un modelo de apelación revisión, el brocado *apelatum quanto devolutu*, adquiere importancia en cuanto el juez de apelación no puede ir más allá de los errores denunciados por las partes.

Respecto a la legitimidad e interés para apelar, el artículo 364 del actual código prescribe que son capaces las partes y los terceros legitimados —aquel admitido conforme al artículo 101, con interés en el proceso—. Sin embargo, también se consideran terceros sin interés propiamente dicho que pueden impugnar porque una decisión le genera agravio directo. Por ejemplo, en el caso de un martillero cuyos honorarios han sido cuestionados, la resolución impugnada necesariamente lesionó los intereses de quién va a impugnar, ello es un requisito.

### **3.1. La adhesión**

Es un recurso poco común con una pretensión impugnatoria autónoma, la cual se subordina a la apelación principal —únicamente en lo concerniente a la oportunidad de su interposición—. Permite aprovechar la impugnación efectuada por la otra parte, recurriendo contra la resolución en aquellos extremos que le resulten perjudiciales.

Un caso para ejemplificar lo anterior sería el siguiente: una persona demanda a otra por una indemnización de 100.000, donde se declara fundada en parte la demanda, recibiendo un sol como indemnización. Definitivamente, el demandado no va a apelar por un sol, pues más caro resulta pagar el arancel, preferirá pagar el sol. Empero, el demandante que solicitó los 100.000 soles cuenta con motivos para apelar, por lo que razonablemente apela teniendo en cuenta que se le venció el plazo a la otra parte. Ahora, si el demandado hubiera sabido que el demandante apelaría, lo hubiera hecho de la misma manera, ya que. Indefectiblemente, el caso se trasladaría a Sala.

En ese escenario, al demandado le es posible “colgarse de la apelación”. Como el demandante apeló, aquel se “cuelga” de la apelación para también adherirse y formular la apelación; no lo hace por una identidad de reclamo, sino por el espacio temporal compartido. En adición a lo anterior, cada vía procedimental tiene un momento, una oportunidad.

Para detallar, en los procesos de conocimiento y abreviado, la persona se puede oponer al momento que le corren traslado en la apelación; en un sumarísimo y de ejecución, se consideran tres días desde que se notifica al concesionario de la apelación. Sobre esta última situación, corresponde únicamente adherirse a quien ostente en el recurso la condición de parte inicialmente apelada. Por lo cual, surge una cuestión llamativa: si A demanda B y C, siendo sentencia en contra de B y C; B apela, C no apela, ¿puede C adherirse a la operación de B? La idea es que no, porque la posibilidad de adherirse es respecto de su contraparte, no entre la parte misma.

En la misma línea, uno de los efectos de la adición al recurso de apelación es que convierte al apelado en adherido del apelante. Por ende, se amplía el objeto de recursos; si el juez de apelación únicamente analizará los errores denunciados en el recurso de apelación, al adherirse, se amplía el objeto de revisión.

### **3.2. Requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la apelación**

El primer requisito es el plazo, pues cada vía procedimental fija un uno diferente en atención al tipo de resolución; el plazo de apelación de sentencias o autos no es igual en un proceso de conocimiento —10 días—, que, de un abreviado —5 días—. Asimismo, no es igual apelar una resolución emitida en audiencia que si es notificada de otra forma. De hecho, las resoluciones emitidas en audiencia se apelan en ese momento; las que se notifican, dependiendo el plazo que establezca el Código. Además, la competencia recursiva siempre se impugna ante el juez que emite la resolución impugnada, adjuntándose el arancel judicial respectivo.

Asimismo, se debe precisar y fundamentar el agravio, ello es una característica propia de las apelaciones devolutivas y de revisión. Se debe indicar el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, parte del modelo de apelación realizada.

En relación con lo expuesto, los efectos que se conceden pueden ser suspensivos o sin efecto suspensivos. Con efectos suspensivos significa que se suspende la eficacia de la resolución impugnada, mientras que sin efecto suspensivo significa que no pierde eficacia la resolución impugnada hasta que se pronuncie el superior.

Esta última puede ser de calidad diferida o sin la calidad diferida, de acuerdo con la oportunidad. Será diferida cuando la apelación y el expediente suba con el principal; cuando se revise el principal se analizarán todas las operaciones menores. Cuando sea sin la calidad diferida se revisará inmediatamente el cuadernillo con las principales piezas procesales, elevándose el expediente.

Por otro lado, las apelaciones siempre proceden contra las sentencias excepto las impugnables bajo recursos de casación. Por ejemplo, en una anulación de laudo, lo resuelto por la superior —que actúa en primera instancia— es cuestionado vía casación. Asimismo, se excluyen de las apelaciones aquellas convenidas por las partes. En algún momento se contempló la casación por salto, cuando se convenga a renuncia de interponer recursos.

Las apelaciones también se direccionan contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que el Código excluya. De esta manera, no cualquier auto es apelable, sino solo el emitido en primera instancia. De hecho, precisando esto último, el auto tramitado en la articulación no es aquel que resuelve la articulación, o sea, el inci-

dente, sino el que se dicta en medio de ella; por ejemplo, el que admite una prueba en el incidente de tacha de documentos o de testigo. Por otro lado, el Código presenta exclusiones textuales en el artículo 101 cuando señala que sólo es apelable la resolución que acerca de la intervención de tercero; ergo, la que admite no lo es. Este tópico se trató en un Pleno Jurisdiccional Distrital a propósito de un arbitraje acerca la incorporación de terceros; el Pleno sostuvo que no era apelable la resolución que admite al tercer.

Siguiendo esta línea, existen diversos procedimientos en las apelaciones; no es igual el procedimiento de una apelación de sentencia que de autos con efectos suspensivos. Es más, en la sentencia no todas las apelaciones son iguales. Por ejemplo, si se apela una sentencia en un proceso de conocimiento o abreviado, llegada la apelación al superior, se corre traslado por 10 días para la absolución. Luego, absuelto o no, se convoca a efecto de la vista de la causa; posterior al aviso de la causa, se resuelve.

Adicionalmente, cuando la apelación de sentencias se desarrolla en un proceso sumarísimo, se tramita igual que una apelación de auto con efectos suspensivo: sube el expediente, se señala vista de la causa y, posterior a la vista de la causa, se resuelve. Evidentemente, la diferencia radica en que la sentencia siempre requiere de tres votos de diferencia: tres unánimes o por diferencia de tres. En cambio, los autos con dos votos se emite una resolución. Por último, las apelaciones sin efectos suspensivos se elevan y la vista es interna —no pública—; acto seguido, se resuelve.

¿Se puede ofrecer medios probatorios en el recurso de apelación? Sí, en los procesos de conocimiento y abreviados. Ello ocurre cuando se refieren a hechos nuevos, sean propios como impropios. Ello es, a grandes rasgos, lo que hoy en día es el recurso de apelación. En paralelo, el Ministerio de Justicia ha propuesto algunas modificaciones con el proyecto de un nuevo Código Procesal Civil.

Por ejemplo, las apelaciones procederán contra sentencias, excepto las impugnables por recursos de casación y las excluidas por acuerdo; contra los autos que declaran fundado el recurso de reconsideración, pues desaparece la reposición y se introduce la reconsideración; y contra los autos ante los que no proceda recursos de reconsideración. De hecho, el recurso de reconsideración permitirá impugnar ciertos autos, sobre todo aquellos que no suspendan el proceso o le pongan fin.

Asimismo, el que interpone el recurso de la apelación fundamentará de forma clara y precisa el petitorio, el vicio o error contenido en la resolución impugnada; y señalará cuál es la decisión que el juez revisor debe adoptar. Sobre este punto, el juez debe prevalecer o privilegiar —utilizan-

do la calificación del proyecto del Código— una decisión del fondo sobre una de forma. El juez de apelación estará impedido, total o parcialmente, de declarar la nulidad del procedimiento o de la sentencia si es que el apelante no lo ha expresado propiamente en su recurso.

Incluso, dentro de los requisitos especiales de recursos, el juez de la demanda o aquel que comete el error, no puede calificar el recurso salvo más allá de las consideraciones relativas al plazo. Además, las sentencias de condena gozarán efectos suspensivos salvo que se solicite directamente al superior; situación contraria a las pretensiones declarativas y constitutivas: las partes podrán acordar la suspensión de efectos según el artículo 526 del proyecto, y las atribuciones del juez superior en apelación no podrá modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la parte apelada formule los recursos de apelación, o, sea menor de edad en los casos del proceso de familia.

Cabe mencionar que en el proyecto desaparece la adhesión al recurso de la apelación. Se mantendrán los efectos de las apelaciones suspensivas y no suspensivas. Por otro lado, se permitirá el ofrecimiento de medios de prueba en las apelaciones de sentencias. Esto es, dentro de los 10 días se podrá cuestionar la prueba oficial.

#### 4. Queja

El recurso de queja procede contra aquellas resoluciones que declaran inadmisibles o improcedentes al recurso de apelación; o, cuando la resolución concede la apelación con un efecto distinto al que se solicitó o al que corresponde. Ello de acuerdo con la redacción final después de la modificación de la Ley N.º 29364; la Superior no podía calificar el recurso de casación, pues simplemente ingresa a mesa de partes para elevarlo a la Suprema. En esta línea, ha perdido todo sentido la queja y su pronunciación acerca de la inadmisibilidad o improcedencia, por lo que fue retirada.

¿Qué requisitos formales requiere el recurso de queja? Se interpone ante el superior, es decir, el eventual juez de apelación, dentro del plazo de tres días, acompañado con el arancel judicial.

¿Qué requisitos de fondo considera este recurso? Debe fundamentarse, además de acompañar el recurso, con una copia simple con sello y firma del abogado, con el escrito que motiva la resolución recurrida, con el escrito que se recurre y con la resolución correspondiente.

¿Qué es lo que el proyecto establece para el recurso de queja? Se considera como reexamen de la resolución que declara improcedente un recurso de

apelación o de casación; ya que, nuevamente, en el recurso de casación la sala calificará la queja. Aunado a ello, procede cuando la resolución se concede con un efecto distinto.

Como requisitos de admisibilidad, se le adjunta el arancel, copia simple con sello y firma del abogado de las piezas procesales que ya fueron descritas anteriormente, expresar los fundamentos para la concesión del recurso denegado y precisar las fechas en que se notificó la resolución recurrida, la que se interpuso el recurso y la que notificó la denegatoria. En continuidad de lo anterior, se interpone este recurso ante el juez de apelación o ante la Sala Suprema en caso de recursos de casación; el plazo se mantiene se mantiene igual, 3 días.

No obstante, la tramitación sí cambia porque el juez de apelación o la Sala Suprema la puede rechazar liminalmente si es que omite algún requisito de admisibilidad o de procedencia, pero se resuelve el recurso previo traslado a la otra parte. En este sentido, se introduce el principio de contradictorio en instancia recursiva, algo que no se contemplaba.

Como último punto, si se declara infundada, se comunicará al juez inferior y a las partes, pero adicionalmente se condenará al recurrente al pago de las costas y costos del recurso, y una multa no menor de 5 URP. Incluso, las multas también van a ir en forma solidaria con el abogado, lo cual obligará a las partes a replantearse si el medio de impugnación planteado es manifiestamente improcedente.

## **5. Respuestas a las preguntas del público**

### **5.1. ¿Cuál es la diferencia de recurso de reposición y recurso de reconsideración contenido en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil o solo es el nombre?**

No es solamente el nombre. En el proyecto de modificación del Código Procesal Civil se está proponiendo cuatro tipos de impugnación: el recurso de reconsideración, apelación, queja y casación. Algo que cambia entre la reconsideración y reposición es que ninguna impugnación tiene efectos suspensivos: esa es la regla general, solo excepcionalmente puede tenerlos.

Entonces, la reconsideración es una reposición más mucho más amplia, porque en principio, también revisa decretos, pero, también analiza autos que no suspenden ni concluyen el proceso; estos últimos son vistos por el recurso de reconsideración.

Aquel recurso que declare fundada la reconsideración es susceptible de impugnación; las que la declaran infundada, es inimpugnables. En este tenor,

se marca una diferencia, en la reposición siempre es inimpugnable aquella resolución que resuelve el recurso.

Además, otra diferencia es que actualmente, en la reposición, el juez resuelve sin necesidad de notificación, mientras que en la reconsideración se correrá traslado a la parte, atendiendo a la gravedad del error denunciado. Por tanto, la reconsideración es un recurso de mayor alcance; aparentemente, la comisión tuvo como intención reducir un poco las apelaciones, no sobrecargar al juez.

### **5.2. ¿Cuál ha sido el caso más complicado para poder presentar una apelación y/o una queja?**

En diferentes ocasiones, los medios de impugnación se utilizan como una herramienta de abuso procesal; ello no fue contemplado por la Comisión. En un caso hipotético, como un proceso de desalojo, el demandado indica al abogado que lo acaban de demandar, consultándole cuánto tiempo tiene para quedarse en el inmueble. Un abogado normalmente esta realiza la prognosis considerando el tiempo que demandarán los medios de impugnación. Si un señor indica que lo han demandó por precario, automáticamente se deduce que las impugnaciones pueden llegar hasta la Corte Suprema. En cambio, si menciona que es un vencimiento de contrato o una falta de pago (dependiendo al importe de la renta), ello puede terminar en primera instancia debido al inicio de proceso en un juzgado de paz.

En la práctica se considera como una obligación el impugnar por impugnar. Será la apelación más difícil, porque si apelar significa cuestionar un error, obviamente no encontrar el error o forzar el mismo se dificulta. En cuanto se cumpla con los requisitos de admisibilidad y procedibilidad, el recurso debe ser concedido, además del tiempo muerto que genera lo mencionado.

### **5.3. ¿Podría explicar, de forma sucinta, cómo presentar una apelación y una queja?**

El recurso de apelación se interpone ante el juez que comete el error. Asimismo, los requisitos de admisibilidad son: las impugnaciones se deben presentar dentro del plazo adjuntado el arancel correspondiente y ante el juez que lo interpuso. Como requisito de procedibilidad, se tendrá que precisar el error, el agravio y fundamentar el recurso.

En cuanto al recurso de queja, como requisitos de admisibilidad, se contemplan el plazo, la presentación ante el juez superior que le correspondería atender la apelación, y la adjunción del arancel y las copias, con lo cual se elabora el cuadernillo, a falta de expediente.



# La pretensión de mejor derecho de propiedad a la luz del Pleno Nacional Civil y Procesal Civil de 2022\*

Gelner Morocho Núñez\*\*

*Universidad Privada Antenor Orrego*

**SUMARIO:** 1. Derechos, derecho real y propiedad / 2. La propiedad y su prueba / 3. La tutela jurisdiccional del derecho de propiedad / 3.1. El mejor derecho de propiedad / 3.2. Los supuestos de mejor derecho de propiedad / 3.2.1. La concurrencia de acreedores y un solo deudor / 3.2.2. La concurrencia de acreedores y varios deudores / 3.2.3. El mejor derecho de propiedad a partir del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil / 4. Conclusión / 5. Referencias bibliográficas.

## 1. Derechos, derecho real y propiedad

Los derechos subjetivos pueden ser clasificados en tres grupos: **los de la personalidad, los de familia y los de carácter patrimonial**. Estos últimos, son aquellos derechos que pueden ser objeto de valuación económica pues gozan de un contenido eminentemente patrimonial. Dentro de esta clasificación podemos ubicar a los derechos reales.

Por derechos reales entendemos, a los derechos que recaen directamente sobre las cosas<sup>1</sup> (*ius in re*). En efecto, se originan de la relación directa entre el titular del derecho real y el objeto del mismo. Avendaño (2017, p. 16), señala que son dos las características de la relación real.

En primer lugar, es un derecho absoluto, no visto desde el punto de vista literal, sino como un derecho que es oponible a todos, es decir, que tiene

---

\* Edición realizada a un texto inédito del profesor Manuel Bermúdez-Tapia.

\*\* Agobado egresado de la Universidad Privada Antenor Orrego, Magister en Derecho Civil y Empresarial por la misma universidad. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura. Juez titular del Primer Juzgado Civil de Bagua, actualmente Juez Superior de la Sala Civil de Utcubamba (Corte Superior de Justicia de Amazonas).

1 Solemos encontrar en la bibliografía especializada la utilización del término “cosa” para referirse a los “bienes”. Independientemente a las diferencias conceptuales que existen, para nuestro análisis los términos “cosa” y “bien (es)” serán vistos como sinónimos.

una vocación erga omnes. Por tanto, autoriza al titular a exigir que todos lo reconozcan como tal.

En segundo lugar, ostenta una relación directa del titular con el bien, es decir, nadie se interpone entre los dos. Por ejemplo, el propietario de un bien inmueble lo usa sin necesidad de tener la autorización de otra persona.

En atención a las características mencionadas precedentemente, se puede identificar que el derecho real confiere atributos que son ajenos al derecho personal: el derecho de persecución y el derecho de preferencia.

El derecho de persecución permite al titular perseguir el bien objeto de su derecho y recuperarlo. Se ejercita a través de las acciones reales (propia- mente la reivindicación y el mejor derecho de propiedad).

Por su parte, el derecho de preferencia actúa en caso de colisión entre derechos reales. En virtud del cual, prima el derecho que primeramente esté inscrito. Sin embargo, cuando son derechos de distinta naturaleza deben aplicarse las reglas del derecho común. Por ejemplo derecho de propiedad frente a un embargo. Los derechos reales pueden distinguirse entre derechos reales principales y los derechos reales de garantía o accesorios. Los primeros tienen una existencia propia o autónoma, es decir, no dependen de otro derecho, mientras que los otros existen únicamente para asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación.

Desde nuestra óptica, la propiedad es el principal derecho real. Se concep- túa como el poder jurídico más extenso y absoluto que toda persona puede tener -y que a nivel de nuestra Constitución- es un derecho fundamental. Así, expresamente lo señala la constitución política en el artículo 70º, cuyo texto es el siguiente:

*“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.*

Este derecho reconoce una autoridad plena sobre el bien. Legislativamente ha sido reconocido a nivel de nuestro Código Civil, específicamente en el artículo 923º, que identificaba el derecho de propiedad como un poder ju- rídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

En cuanto a sus atributos, por “*usar*” debe entenderse como servirse del bien. Por ejemplo, se usa un inmueble quien vive en él. Así también, usa una computadora quien la utiliza para su trabajo.

Por “*disfrutar*” se entiende el aprovechamiento económico de un bien, es decir, percibir sus frutos (naturales, industriales o civiles).

Por “*disponer*” se entiende como la posibilidad de no contar con el bien. En este punto, Avendaño (1997, p. 59) lo conceptúa como prescindir del bien (mejor aún del derecho), deshacerse del bien, ya sea para por una relación contractual compra - venta, lo cual supone un provecho; como por acciones que no suponen tal provecho, como es el caso del abandono.

Este concepto se puede calificar en dos sentidos: positivo y negativo. Será positivo cuando se involucra una acción para deshacerse del bien (vender, hipotecar, etc.). Como contrapartida, la acepción negativa se observa cuando se involucra una inacción -no uso- lo que constituiría el abandono.

Por “*reivindicar*” supone recuperar el bien que está en poder de terceros. Se exterioriza esta facultad cuando se busca la tutela del derecho a la propiedad, es decir, busca compatibilizar legal y materialmente de quién tiene la titularidad del derecho real a quién materialmente le corresponde gozar de sus atributos y que es quién la solicita.

Por último, cabe acotar que el derecho de propiedad puede ser objeto de restricciones, tanto convencionales como legales.

## **2. La propiedad y su prueba**

La esencia, la naturaleza y el contenido de un derecho es siempre inseparable del medio donde lo contiene. Las pretensiones en el derecho, se encuentran siempre limitadas por la inaccesibilidad de la verdad como tal.

De hecho, solo debe importarnos una verdad como correspondencia, que en términos de Morocho y Vásquez (2021, p. 213), debe ser entendida, como un enunciado que indicará la correspondencia de los que se dice del mundo objetivo. Es decir, una cierta descripción de los hechos es verdadera, si se advierte que eso es lo que efectivamente ha sucedido en el mundo independiente y perceptible a nosotros.

Ahora bien, según el sistema adoptado en nuestra legislación en el artículo 949° del Código Civil, el sistema de transferencia de la propiedad es el consensual:

*“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario él”.*

En materia procesal, la “sola obligación” implica una dificultad probatoria en el proceso, en el tracto sucesivo del derecho de propiedad. Semejante situación sugiere un problema al momento de determinar quién es el propietario. Lo que llevaría asumir la tesis del título y modo, pues se requiere del título para acreditar el derecho de propiedad, y más para oponerlo a terceros.

El derecho de propiedad es protegido por un estado de apariencia “como propietario”, por ejemplo, el artículo 912° del Código Civil, señala:

*“El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor medido. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito”.*

Es decir, alguien que detenta la posesión, tenía derecho a poseer y seguir poseyendo por una presunción (protección jurídica) y solo podía ser privado por el ejercicio de una acción judicial y con un medio de prueba de mejor derecho, o de un título que el poseedor no tiene.

En este contexto, creemos que no puede existir derecho de propiedad, si este no va acompañado de su medio probatorio o documento que lo sustente y sea oponible. Y solo así, con un título se legitimará para ejercer cualquier acción real o personal que le asegure el disfrute de los atributos que del derecho de propiedad se derivan.

### **3. La tutela jurisdiccional del derecho de propiedad**

La máxima expresión de la tutela jurisdiccional del derecho de propiedad se ubica en las acciones reales y personales, como son la pretensión de mejor derecho de propiedad. Esta se analizará, desde el punto de vista doctrinario, jurisprudencial, ya partir de allí hacer unas algunas precisiones personales sobre lo decidido en el Pleno Nacional Civil y Procesal Civil desarrollado los días 28 y 29 de abril de 2022.

#### **3.1. El mejor derecho de propiedad.**

El derecho de propiedad otorga a su titular los atributos de “usar”, “disfrutar” y “reivindicar”, y este derecho es oponible frente a cualquier otro derecho de igual o distinta naturaleza, de allí su característica de absoluto. Por esta razón, no puede aceptarse que existan dos propietarios sobre un mismo bien, con intereses diferentes, excepto la copropiedad, donde la titularidad es común, pero por una situación de indeterminación de cuota

le corresponde a cada copropietario. La pretensión de mejor derecho de propiedad, se presenta cuando dos sujetos buscan a través de su derecho de propiedad excluir a otro también con título de propiedad, y a partir de allí pretende definir cuál de las dos partes tiene realmente derecho de propiedad exclusiva respecto del predio litigioso.

La pretensión de “mejor derecho de propiedad” es bastante frecuente en nuestra jurisprudencia. Musto (2000, p. 87), señala es intentada generalmente por quien ostenta un derecho de propiedad sobre un bien contra otra persona que también detenta derecho de propiedad sobre el mismo bien. Es decir, existe una confluencia de cuando menos dos titulares de derechos de propiedad de un mismo bien que se disputan el reconocimiento preferente de uno de ellos en desmedro del otro.

A nivel de doctrina, se señala que el término “**mejor**” no es el más adecuado, en tanto un bien solo puede pertenecer a una persona o conjunto de personas en forma exclusiva y excluyente, razón por la cual no se puede jurídicamente sostener que existen dos derechos de propiedad simultáneos frente a un mismo inmueble y que uno de ellos es mejor que el otro.

Cuando se presenta esa situación de convergencia entre títulos de propiedad excluyentes entre sí, de diferentes sujetos de derecho que se atribuyen sobre un mismo bien, solo uno de ellos prevalece, pero no por ser mejor que el otro, sino porque uno de ellos carece de validez y/o eficacia jurídica.

Razón por la cual, algunos autores como el profesor Gonzáles Barrón prefiere denominar a la pretensión de “mejor derecho de propiedad” como “pretensión declarativa de dominio”. Dicha denominación nos parece más congruente y acorde con su naturaleza jurídica. De este modo, en la **Casación 3805-2015, Lima Este**, se ratifica lo señalado, cuando se señala que en vez de usarse la denominación “**mejor derecho de propiedad**” se debe usar “**acción declarativa de dominio**”.

Aun cuando pueda existir dudas del *nomen iuris* que se le pueda asignar, sea “mejor derecho de propiedad” o “acción declarativa de dominio”, el contenido conceptual es claro; por tanto, no puede confundirse con otra pretensión real como es la pretensión reivindicatoria. La cual es postulada por el “propietario no poseedor contra el poseedor no propietario”.

Así pues, en la pretensión de mejor derecho de propiedad existen dos títulos de propiedad que pugnan el uno contra el otro por lograr primacía. En el fondo no es otra cosa más que desconocer el derecho de uno en favor del otro u otros, aun cuando haya sido válidamente y/ o eficazmente adquirido ese derecho.

Según se ha visto son pretensiones reales diferentes, con propósitos similares pero no idénticos; sin embargo, hay quienes señalan que la pretensión de mejor derecho de propiedad es consecuencia del atributo vindicandi (acción reivindicatoria), contenida en el artículo 927° del Código Civil, que señala: “*la acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió por prescripción*”. Por tanto, la acción reivindicatoria sería la pretensión genérica en la que se encuentra la de mejor derecho de propiedad; es decir, formaría parte de la primera.

Algunos autores consideran que esta sería la razón para que se haya aceptado a nivel de la jurisprudencia el análisis en una pretensión de reivindicación la discusión y análisis del mejor derecho de propiedad.

A nivel jurisprudencial, varias son las casaciones donde se acepta esta posibilidad; como por ejemplo: Casación N° 1803-2004-LORETO, de fecha 25 de Agosto de 2005; Casación N° 729-2006-LIMA, de fecha 18 de julio de 2006.

Sin embargo, creemos que procesalmente<sup>2</sup> y materialmente es posible el análisis de la pretensión de mejor derecho de propiedad en la pretensión de reivindicación, sin que se llegue a establecer que una está dentro de la otra, o viceversa; en principio ambas buscan una tutela de la propiedad, no son incompatibles, y pueden acumularse por tener conexidad (sea propia o impropia). Ambas pretensiones son diferentes conceptualmente. Mientras en la pretensión de reivindicación no hay duda de la propiedad, solo se reclama la posesión, que la tiene un poseedor no propietario. En cambio,

---

## **2 Requisitos de la acumulación objetiva**

### **Artículo 85°.-**

*“Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que estas:*

1. *Sean de competencia del mismo Juez;*
2. *No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa;*
3. *Sean tramitables en una misma vía procedimental.*

*Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código y leyes especiales.*

*También son supuestos de acumulación los siguientes:*

- a. *Cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental, en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas.*
- b. *Cuando las pretensiones sean de competencia de Jueces distintos, en cuyo caso la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado”.*

### **Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria**

*“La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.*

*Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.*

*Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda”.*

a través de la pretensión de mejor derecho de propiedad, existe incerteza de la propiedad, pues uno de los títulos necesariamente es nulo o ineficaz, antes del proceso. Ambos títulos posibilitan los derechos a poseer, disfrutar, reivindicar el bien.

Las aludidas pretensiones (mejor derecho y reivindicación) tienen una finalidad casi común, que es el reconocimiento del verdadero titular quién debe gozar de todos los atributos, incluyendo no solo el reconocimiento documental (de título), sino materialmente, el cual consiste en el uso, disfrute, disposición y reivindicación de la propiedad con exclusión de los demás.

### **3.2. Los supuestos de mejor derecho de propiedad**

El mejor derecho de propiedad puede ser visto desde dos ámbitos o aspectos: 2.1) cuando las sucesivas transferencias las hace un mismo deudor frente a dos diferentes acreedores respecto de un mismo bien; y, 2.2) cuando son distintas las personas (deudores) que realizan las transferencias de un mismo inmueble a diferentes acreedores. En el primer caso, la solución estará en las reglas del artículo 1135° del Código Civil, y en lo segundo, la solución debe partir del análisis no solo de la regla del artículo 1135°, sino además de los artículos 949°, 2014° y 2022° del Código Civil.

#### **3.2.1. La concurrencia de acreedores y un solo deudor**

El artículo 1135° del Código Civil<sup>3</sup>, expresa que sobre un bien inmueble pueden concurrir diversos dueños o acreedores a quienes el mismo vendedor (deudor) se ha obligado a entregarlo. Dicha norma hace referencia que se prefiere al comprador (acreedor) de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Para entender mejor la norma, se puede identificar que tiene los siguientes elementos:

- a) Un bien inmueble.
- b) Un deudor (vendedor).

---

#### **3 Concurrencia de acreedores de bien inmueble**

**Artículo 1135.-** “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

- c) Dos o más acreedores (compradores).
- d) El deudor (vendedor) se haya obligado a entregar el bien inmueble a dos o más acreedores (compradores).

Si están presentes concurrentemente todos los elementos mencionados (a, b, c, d), la solución será:

- i. Se entregará el bien inmueble al acreedor (comprador) de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito.
- ii. Se entregará el bien inmueble al acreedor (comprador) cuyo título sea de fecha anterior.
- iii. Se entregará el bien inmueble al acreedor (comprador) cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua.

Las soluciones descritas se puede graficar del siguiente modo:

<b><u>Artículo 1135° del CC</u></b>	
<b><u>Soluciones</u></b>	
-	Al acreedor de buena fe que primeramente inscribió.
-	En defecto de inscripción, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior.
-	Se refiere en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antiguo.

No hay duda de las soluciones legales contenidas en el artículo 1135° del Código Civil; sin embargo, lo que genera cierta preocupación es la interpretación de la buena fe que se está exigiendo en esta solución a nivel jurisprudencial de la Corte Suprema de la Republica.

Al respecto, se señala que la buena fe exigida, supone desconocer que el deudor se haya obligado a entregar previamente, el mismo bien a otro sujeto.<sup>4</sup>

Según La Cruz (2008, p. 84), la buena fe, debe entenderse como la *ignorancia que en el título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide; nótese que la buena fe siempre, ya sea en términos latos o extensos, supone ignorancia de hechos relacionados al acto del que se celebra o relacionados a ellos, y no ha actos externos o ajenos que no se está materialmente en la posibilidad de conocerlos*. Por

---

<sup>4</sup> Casación 34-2018-AREQUIPA (Considerando décimo - Fundamento 5)



ejemplo, como conocer que el mismo deudor se obligó a transferir a otra persona el mismo bien que me está transfiriendo, o que ya lo transfirió, como acceder a un documento público o privado que traslade esos actos, como acceder a la intencionalidad subjetiva del deudor, ello resulta materialmente difícil de conocer.

Podemos encontrar cierta justificación cuando los títulos en cuestión no estén registrados, ya sean escrituras públicas o documentos privados. Sin embargo, cuando el título esté incorporado en registros y el derecho se adquiera como consecuencia de la información allí contenida, será la información que conste en él la que debe prevalecer conforme el artículo 2014° del Código Civil, que señala:

*“El tercero que de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo mantiene su adquisición una vez inscrito (...) la buena fe se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.*

En este punto, adviértase nuevamente que el conocimiento de la inexactitud es del registro y no se extiende a actos externos, es decir es un conocimiento interno del acto o del propio título, y no uno externo ajeno al título. Cuando en la sentencia CASATORIA 1483-2013 LIMA, señala: “(...) los demandantes compraron un inmueble sin saber la condición del mismo, que dicha conducta es poco diligente y anormal de quién adquiere un bien inmueble”, la pregunta obvia es, sí registralmente es el vendedor quién aparece en registro, y legitimado para vender, es necesario conocer otra información, la respuesta también resulta obvia: no. Desde nuestro punto de vista, si se exige otras condiciones se vacía de contenido a las normas que recogen a la publicidad registral, situación que debe re-establecerse con otras interpretaciones o reformulaciones de ellas.

### **3.2.2. La concurrencia de acreedores y varios deudores**

En el caso anterior se partía del análisis cuando quién transfería era un solo deudor a varios acreedores (compradores), y se dejó expuesto que la inscripción del derecho no es garantía de seguridad jurídica sobre el derecho inscrito, pues basta analizar elementos externos al documento de transferencia o de inscripción para vaciar de contenido la prioridad registral. Supuesto el cual desincentiva el tráfico comercial basado en registro, propiciando así, un tráfico comercial ilegal que no está basado en el mecanismo legal para otorgar seguridad, el registro.

El otro supuesto de mejor derecho de propiedad se observa cuando son distintas las personas (deudores) que realizan las transferencias de un mis-

mo inmueble a diferencia del anterior, aquí la solución no recae solo en el artículo 1135°, sino que se extiende a los artículos 949°, 2014° y 2022° del Código Civil.

Según el artículo 949° del Código Civil,<sup>5</sup> no es necesario un título como tal para acreditar ser propietario, basta que haya existido consenso en la obligación de transferir para que esta opere. Sin embargo, el título es necesario cuando se intenta oponer ese derecho frente a otro. Es a partir de allí que si otra persona también ostenta un título incompatible deberá recurrirse al análisis de preferencia para determinar el título que prevalece, ya sea inscrito, no inscrito, menos o más antiguo, documento de fecha cierta o documento privado.

Obviamente, cuando el título es inscribible, y este se inscribió para mantener este derecho, creemos que es necesario recurrir a los principios de publicidad registral.

Al respecto, es una verdad de perogrullo que la razón del registro no puede ser otro que dotar de seguridad jurídica al tráfico patrimonial, pues al otorgar notoriedad y seguridad a lo registrado se reconoce no solo un interés específico, sino uno general, tal es así, que el propio legislador ha establecido una presunción de todo lo inscrito es conocido<sup>6</sup> y exacto,<sup>7</sup> en el que se asume que todo lo inscrito es de conocimiento de todos, lo que permitirá conocer al comprador la exactitud y certeza que el vendedor es efectivamente el dueño del bien que se propone adquirir y que además dicho bien esté libre de gravamen.

Así pues, en base a lo inscrito, que cobra importancia el principio de buena fe registral, cuyo propósito es garantizar la propiedad de quién confiando en la exactitud de la inscripción se mantenga válida y permanezca como tal, aun cuando posteriormente se anule, rescinda o resuelva el título por causas ajenas o que no consten en registros.

No obstante, solo existe una posibilidad para dejar sin efecto un derecho que se adquirió basado en registros: cuando se ha actuado de mala fe, la que debe analizarse únicamente en función de la última parte de lo que pres-

---

**5 Transferencia de propiedad de bien inmueble**

**Artículo 949.-** “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

**6 Principio de publicidad**

**Artículo 2012.-** “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

**7 Artículo 2013. Principio de legitimación**

“El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme (...)”

cribe artículo 2014° del Código Civil; “(...) *la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía de la inexactitud del registro*”.

Esta buena fe refiere al estado psicológico de la ignorancia de aspectos que invaliden el título, se refieren a actos propios del título, actos que están en lo que ha sido objeto de inscripción, y no a actos externos. Como señala Diez Picazo (1986, p. 332), es un estado mental cuya determinación se realiza en función del conjunto de representaciones mentales que el sujeto se ha formado del acto.

En otras palabras, todas las representaciones se reducen al conocimiento del acto en sí. Entonces, si lo que otorga publicidad o seguridad es el acto de inscripción, la buena fe se reduce a dicho acto, al acto inscrito. Por tanto, exigir el análisis de actos externos a dicho acto supone desnaturalizar el propio sistema normativo, que actúa de límite en un aspecto concreto, y desconocer la publicidad registral y la seguridad que otorga.

Incluso, si se quiere analizar la buena fe objetiva, como lo que pudo hacerse para salir de la ignorancia, se hará en función al título inscrito y a otras circunstancias ajenas, que si bien pueden ser ciertas no pueden excluir a quién adquirió un derecho basado en registros.

La exigencia se vuelve imprescindible cuando el conflicto de derechos son de igual naturaleza (real – real), prevaleciendo el derecho real que está inscrito, así expresamente lo establece el artículo 2022° del Código Civil,<sup>8</sup> el cual señala que para oponerse derechos sobre inmuebles es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél de quién se opone.

Exigir un análisis externo que no está en la norma, implícitamente desconoce las normas del sistema registral que son -a nuestro modo de ver- la única fuente objetiva de priorizar un derecho subjetivo de manera transparente.

Los defectos de modo genérico señalados, se pueden resumir del siguiente modo, precisando que mejor derecho de propiedad 1, se referirá a la primera modalidad de mejor derecho concurrencia de un deudor y varios acreedores, y mejor derecho de propiedad 2, a la segunda modalidad de mejor derecho concurrencia de varios deudores y varios acreedores:

---

#### **8 Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos**

**Artículo 2022.-** “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

Mejor derecho de propiedad 1	Mejor derecho de propiedad 2
<p><b>Artículo 1135° del Código Civil</b>  <i>“Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.</i></p> <p>Buena Fe: Que el acreedor desconoce que el deudor se haya obligado a entregar previamente, el mismo bien a otro sujeto.</p> <p><b>Soluciones:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Al acreedor de buena fe que primeramente inscribió.</li> <li>- En defecto de inscripción, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior.</li> <li>- Se refiere en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antiguo.</li> </ul> <p>Tomar decisiones distantes de las reglas del artículo 1135° del CC, o incorporando acciones no contenidas en ella genera decisiones llenas de incerteza.</p> <p><b>Artículo 2014° del Código Civil:</b>  <i>“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, can cele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archi-</i></p>	<p>Se señala que no solo debe observarse las reglas del artículo 1135° del Código Civil, sino que además debe observarse:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- No solo comparar los títulos que se exhiben, sino que debe analizarse distintos elementos: registro, la posesión, documento de fecha cierta.</li> <li>- En la STC. N° 0018-2015-PI/TC, acción de constitucionalidad contra la ley N° 30313 (Ley que modificada en parte la ley N° 2014° del CC), se señaló: <i>“que para que una persona sea protegida por el registro “debe haber actuado con precaución e investigar antes de contratar”.</i></li> <li>- Casación N° 3187-2013-CA-JAMARCA, se señala: <i>“(…) con un mínimo de diligencia hubiera podido constatar que el bien que pretendía comprar estaba siendo poseído con título de propietarios (…)” (considerando décimo).</i></li> <li>- Casación N° 1483-2013-LIMA, señala: <i>“Los demandantes compraron un inmueble sin saber la condición del mismo, ya que afirman que encontraron personas habitando cuando se apersonaron, no siendo una conducta normal y diligente de un comprador (considerando sexto)</i></li> </ul>

<p><i>vados que lo sustentan.</i> <i>La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”</i></p> <p><b>Interpretación.</b> El derecho del tercero se mantiene si fue consecuencia de una relación jurídica de quién en el registro aparece como titular o legitimado para disponer, siempre que se haya actuado de buena fe, la que se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro, es decir analizase la buena fe como el estado psicológico o que se podía hacer para salir de él, del mismo acto (inscrito), y no de elementos externos ajenos.</p> <p><b>Artículo 2022º del Código Civil:</b> <i>“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone (...)”.</i></p> <p><b>Interpretación.</b> Prevalecerá el derecho inscrito, sin el análisis de otro elemento.</p>	<p>- Casación N° 3272-2018-JU-NÍN, señala: “(...) <i>la parte demandante no ha actuado de buena fe en la adquisición de inmueble sub litis, conforme ordena el artículo 1362, del Código Civil, pues conocía perfectamente que el inmueble que adquiriría ya había sido transferido anteriormente a la demandada, y que, por ello, éste se encontraba ocupado (...)</i>” (considerando quinto).</p>
--	---

### 3.2.3. El mejor derecho de propiedad a partir del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil

En los días 28 y 29 de abril de 2022, se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional civil y Procesal Civil. El primer tema se discutió: ¿Quién tiene el mejor derecho de propiedad, ¿quién inscribió su derecho en los registros públicos y no posee el inmueble o el que posee el inmueble y no inscribió su derecho en los registros públicos?

La primera ponencia, refiere: debe preferirse al que compró primero (preferentemente con documento de fecha cierta) y, tiene la posesión, aun cuando no haya inscrito su derecho en los RR.PP., pues en nuestro País tiene carácter declarativo (art. 949 del CC).

La segunda ponencia, señala: debe preferirse al que compro segundo, no tiene la posesión, pero inscribió su derecho en RR. PP, pues no existe norma jurídica alguna que exija que para comprar un inmueble debo verificar la situación del mismo, toda vez que es suficiente comprar con la información que me ha proporcionado los RR.PP.: buena fe subjetiva (buena fe creencia). Arts. 1135, 2014 y, 2022 del CC.

Por mayoría, se acordó: “Debe preferirse al que compró primero [preferentemente con documento de fecha cierta] y, tiene la posesión, aún cuando no haya inscrito su derecho en los RR.PP., pues en nuestro país tiene carácter declarativo (art. 949 del CC).”

Este acuerdo, no es más que la ratificación del análisis sesgado que se hace del mejor derecho de propiedad visto en el cuadro como MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD 2, donde se analiza la buena fe, desde un punto de vista externo (objetivo) al margen de lo que dispone las normas materiales (1135°, 2014°, y 2022° del CC), como ya se ha explicado, prescindiendo así de toda normal registral que protege el tráfico comercial, generando incerteza en los derechos de los ciudadanos, y propiciando la clandestinidad en el tráfico inmobiliario.

#### **4. Conclusión**

Estoy convencido que el mejor derecho de propiedad debe ser resuelto aplicando el artículo 1135° del Código Civil, cuando un bien inmueble y sobre este pueden concurrir diversos dueños o acreedores a quienes el mismo vendedor (deudor) se ha obligado a entregarlo. Dicha norma hace referencia que se prefiere al comprador (acreedor) de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Sin embargo, cuando son varios vendedores y diferentes compradores, no solo debe observarse el artículo 1135° del Código Civil, sino que debe analizarse también los artículos 949°, 2014°, y 2022° del mismo cuerpo normativo; y la buena fe debe ser vista, desde el punto de vista interno del acto, ya sea al conocimiento de la existencia de otra transferencia, o a la inexactitud registral, el cual no debe extenderse a actos externos o ajenos a los señalados en la norma.

Por último, cada análisis de cada caso debe ser una historia única, que debe involucrar aspectos diferentes, por ejemplo requerirá un tipo de análisis las transferencias de bienes no registrados, quizás allí si podría justificarse un análisis externo de la buena fe, análisis que no será el mismo si el bien es

registrado, pues allí la buena fe estará sujeta en el principio de congnosibilidad general (para terceros) y buena fe pública registral (para los titulares del derecho).

## **5. Referencias bibliográficas**

ALVAREZ, CAPEROCHIPÍ, J., *Curso de Derecho reales*, tomo I, 1era ed. (Madrid: Civitas SA, 1986).

AVENDAÑO, J., AVENDAÑO, F., *Derechos Reales* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017).

DIEZ, L., *Fundamentos del Derechos Civil Patrimonial*, tomo IV (Madrid: Civitas)

LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERO, F., RAMS, J., *Derechos Reales*, tomo III (Madrid: Dykinson, 2008)

MOROCHO, G., VÁSQUEZ, O., *El Poder Probatorio del Juez desde la Corte Suprema de Justicia* (Lima: Instituto Pacifico, 2021)

MUSTO, J., *Derechos Reales*, tomo II (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000)

RAMÍREZ, E., *Tratado de Derechos Reales*, 2d. ed. (Lima: Rodhas, 2003)





# La alegación de la unión de hecho en el desalojo\*

Carlos Manuel Valdivia Rodríguez\*\*  
*Universidad Nacional Federico Villarreal*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Teoría del precedente / 3. IV Pleno Casatorio Civil (2013). Casación N.º 2195-2011-Ucayali / 3.1 Supuestos de precariedad / 4. IX Pleno Casatorio Civil / 4.1 Supuestos de eficacia / 5. Pleno Jurisdiccional Nacional en materia civil y procesal civil (28 y 29 de abril del 2022) / 5.1. Primera ponencia / 5.2. Segunda ponencia / 6. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

La diversidad de casos y situaciones en el derecho ha generado una serie de complejas interpretaciones; por ello, el desarrollo de la jurisprudencia, los precedentes y las resoluciones debe revestir particular cautela. En este artículo, con dicho cuidado, se analizará la unión de hecho frente a la ocupación precaria, para lo cual es menester ofrecer algunos esbozos en torno a las instituciones y categorías presentes en el IV y IX Pleno Casatorio Civil.

## 2. Teoría del precedente

Es importante señalar que existen diferencias entre los conceptos de jurisprudencia, acuerdo plenario, precedente judicial, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa y un precedente constitucional vinculante. Para evitar futuras confusiones, a continuación, se ofrece un desarrollo de estos términos.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de mayo al 2 de junio del 2022.

\*\* Abogado y Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Con Maestría en Derecho Civil y Comercial y Doctorado en Derecho concluidos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Maestrando en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina. Especialización en Derecho Procesal Constitucional entre otras materias desarrolladas en diversas instituciones especializadas. Expositor y conferencista a nivel nacional, autor de diversos artículos en materia jurídica. Profesor de pre y posgrado en Derecho. Juez Especializado Civil titular de carrera de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

- La jurisprudencia es emitida por la máxima instancia judicial, y establece un criterio interpretativo que deben seguir las instancias inferiores. Un caso en concreto es resuelto por la Corte Suprema, cuya interpretación de la norma servirá de referencia a las demás instancias.
- El acuerdo plenario se encuentra regulado en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la LOPJ, normativa que lo concibe como una reunión de los integrantes de las Salas Especializadas en Plenos Jurisdiccionales. Tiene como característica principal el debate entre los jueces en torno a temáticas escogidos por la comisión de actos preparatorios, el cual culmina con la adopción de una posición —entre dos que se plantean—, la cual no tiene carácter vinculante.
- El precedente judicial se encuentra configurado por el artículo 400º del Código Procesal Civil, el cual lo define la reunión de los jueces titulares y provisionales. Los magistrados deben de seguir los lineamientos del precedente judicial, razón por la cual adquiere un carácter vinculante y obligatorio.
- La doctrina jurisprudencial es aquella posición que se afirma en las sentencias. Por ejemplo, la sostenida por el Tribunal Constitucional respecto a determinado caso.
- La sentencia normativa se enmarca en los procesos constitucionales. Está dotada de tal fuerza que debe de ser acatada, dado su contenido referente a la máxima norma.
- El precedente constitucional vinculante es aquella sentencia que dicta el Tribunal Constitucional que tiene *ratio decidendi* (0 carácter de precedente) y una *acción interdicta*; un juez no se puede apartar de un precedente constitucional vinculante.

### **3. IV Pleno Casatorio Civil (2013). Casación N.º 2195-2011-Ucayali**

Este Pleno Casatorio tiene su razón de ser en la discordancia entre las decisiones efectuadas por los jueces en torno a los procesos de desalojo por ocupación precaria, cuyos efectos podrían versar, por ejemplo, con la improcedencia de la demanda. En el año 2013 el Poder Judicial decidió clarificar dicho tópico, abordando los siguientes puntos:

- El habitante precario es aquel que ocupa un inmueble ajeno sin el correspondiente pago de renta, sin un título o cuando éste no genera

ningún acto de protección. Se presentan dos supuestos que configuran la precariedad: Cuando se ha evitado efectuar los pagos; y cuando no se ostenta el título para residir en un predio. Ante ello, la noción del título es fundamental para efectivizar y acreditar la circunstancia de protección frente a quien posea o a quien reclame la restitución.

- El título posesorio es cualquier acto jurídico que habilite a la persona a permanecer en la posesión del predio del inmueble en materia de restitución a través de la pretensión de desalojo.
- El objeto del proceso desarrollado es la restitución del predio, es decir, la recuperación del inmueble por la parte demandante. El juez debe atender a las circunstancias.
- Dentro de este proceso, debe verificarse el título tanto del demandante, para efectos de que se le restituya el predio, como del demandado, permitiendo la continuidad de la posesión del inmueble.
- La legitimación implica que las partes, sea la activa o la pasiva, considera tener algún derecho posesorio sobre un predio. Por otro lado, también señala que pueden ser demandados en este ámbito el arrendatario o cualquier otra persona a quién le corresponda. Ciertamente es una legitimación bastante amplia, debido a que se admite a todo aquel que tenga el derecho a la restitución de la posesión.
- Los supuestos de precariedad son sumamente importantes en el IV Pleno, originando la pregunta ¿cuál de los conceptos de ocupante precario conviene aplicarse por un abogado? Dado el contenido del artículo 900° y 911° del Código Civil, es una persona que no paga el arrendamiento o que no cuenta con título para ello; pero, principalmente, gira en torno al título que habilita o la restitución, o la continuación de la posesión del inmueble.

### **3.1. Supuestos de precariedad**

Los supuestos establecidos en el IV Pleno son los siguientes:

- Cuando se emita una resolución extrajudicial del contrato, conforme lo normado por el artículo 1429° y 1430°, al remitir una carta notarial que generará la resolución por incumplimiento contemplada en el artículo 1428°. Se deberá satisfacer el derecho de crédito del sujeto pretensor en un plazo no menor de 15 días bajo apercibimiento; caso contrario el contrato queda resuelto, además de quedar a cargo

del deudor el pago de la indemnización por los daños y perjuicios. Este escenario se puede presentar por dos motivos: resolución de pleno derecho y una cláusula resolutoria expresa.

- En referencia al vencimiento del arrendamiento y el requerimiento de devolución de inmueble (artículo 1700° y 1704° del Código Civil), refieren a un predio alquilado. En caso de que dicha propiedad sea vendida, el nuevo propietario debe de respetar el arrendamiento —inscrito— hasta que culmine ese plazo indicado. No obstante, si no se encuentra inscrito, el comprador remitirá una carta notarial señalado la nueva titularidad y un plazo para el arrendatario —que lo convierte en precario—. En este contexto, el artículo 1700° establece que, vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en uso del bien, no se configura una renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento bajo las mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite la devolución. El artículo 1704° especifica que si ha culminado el plazo del contrato o se ha cursado el aviso de la conclusión de arrendamiento, y el inquilino no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución, situación que convierte al arrendatario en precario.
- Se analiza la validez (invalidez, nulidad absoluta y evidente) de los títulos del demandante y del demandado.
- En caso de existir edificaciones o modificaciones (mejoras) necesarias, se debe cumplir con el reembolso. Para la determinación de la necesidad de las mejoras se debe de entregar el predio.
- La usucapión —prescripción adquisitiva de dominio— una vez generada sobre el poseedor, convirtiéndolo en propietario, exista el desalojo y propicia la declaración de infundada la demanda.
- No habrá la emisión de sentencias inhibitorias.
- En el caso del interdicto de recobrar —por despojo arbitrario—, se señala que se puede interponer durante un plazo de un año. Asimismo, en el ámbito de la ejecución de sentencia del proceso de desalojo por ocupación precaria, el desalojo debe de ser automático.

#### **4. IX Pleno Casatorio Civil**

Se llevó a cabo el 08 de junio del 2016 para determinar si es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública. Las resoluciones que versaban sobre esta materia eran contradic-

torias; mientras que algunos consideraban que en los procesos sumarísimos no se pueden discutir los elementos de validez del acto jurídico; otros exigían la determinación de la obligación de otorgar la escritura pública, sin eximir al juzgador de su deber de analizar y verificar los presupuestos necesarios para la formación del acto jurídico.

Se determinó que el proceso de sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en relación a las alegaciones formuladas por las partes, o los medios probatorios aportados en relación al fondo de la controversia; sin perjuicio de las restricciones por reconvencción e informe sobre los hechos. Por ello, en un proceso de otorgamiento de escritura pública el juez puede declarar de oficio la nulidad manifiesta del negocio que se pretende formalizar; siempre que se haya promovido previamente el contradictorio. El juez permitirá que las partes transmitan sus fundamentos; entonces tendrá la posibilidad de advertir una nulidad manifiesta durante el proceso. Por otro lado, la nulidad manifiesta es aquella que resulte evidente, patente, inmediatamente perceptible; en suma, aquella que resulta fácil de detectar sea que se desprende del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso.

#### **4.1. Supuestos de eficacia**

Se han establecido como supuestos para el control de eficacia del negocio jurídico:

- Si la obligación de elevar a escritura pública se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no logra acreditarlo, se desestimarán la demanda.
- Si todos los efectos del negocio se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda será desestimada; es decir los plazos deben ser respetados.
- Si la obligación de elevar a escritura pública se encuentra sujeta a un plazo de cumplimiento que aún no ha vencido, y que además ha sido estipulado en beneficio del deudor, la demanda será declarada improcedente; a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.

Por lo tanto, el juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento y de la invocación del incumplimiento como argumento de defensa frente a una resolución extrajudicial del contrato. El magistrado analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley

o los pactados por las partes, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En caso de configurarse alguno de los supuestos antes descritos, se deberá declarar improcedente la demanda por falta de interés para obrar.

El IV y IX Pleno Casatorio Civil modificaron la *ratio decidendi* planteado en el fundamento 39º del I Pleno Casatorio; entendiéndose en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir, aunque no haya sido invocada, una causal de nulidad en su decisión motivada. Se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará al juez de primera instancia que, previa promoción del contradictorio emita un pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta. Asimismo, un segundo precedente —punto 5.3 del IV Pleno Casatorio Civil— plantea que, si en el trámite de un proceso de desalojo el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme al artículo 220º y previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia. Adicionalmente declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

## **5. Pleno Jurisdiccional Nacional en materia civil y procesal civil (28 y 29 de abril del 2022)**

En este Pleno se abordaron cuatro temas, de los cuales el presente artículo se ocupará del cuarto: “*La unión de hecho como defensa de parte demandada en un proceso de desalojo por ocupación precaria*”. En torno a este tópico, se presentó cuestiono si en un proceso de desalojo por ocupación precaria, la parte demandada podría oponer válidamente, en su defensa, la unión de hecho sostenida con la parte demandante.

### **¿Dentro de un proceso sumarísimo pueden alegarse (y probarse) hechos distintos a la negación de hechos afirmados en la demanda?**

Sí, porque el carácter plenario del proceso sumarísimo se lo permite; sin perjuicio de considerarle plazos más cortos que el proceso de conocimiento.

### **¿La afirmación de existencia de unión de hecho por parte de la demandada implica una reconvencción implícita?**

No, pues no genera una nueva pretensión, sino un supuesto adicional de precariedad, tal como se vio en el IV Pleno. La unión de hecho se sostendría como un mecanismo de defensa.

### **¿Se afectaría la competencia por razón de la materia cuando el juez civil conoce hechos, afirmados por la parte demandada, relacionados a cuestiones de familia?**

No, ya que el juez civil no procederá a efectuar una resolución con base a la unión de hecho, sino una revisión de documentos, tal como un registro notarial.

### **¿La comprobación de la existencia de una unión de hecho, es una situación compleja que el juez civil, en el proceso de desalojo, no podría determinar?**

No, ya que se configuraría un supuesto de precariedad adicional.

## **5.1. Primera ponencia**

Se sustenta en dos casaciones:

### **Casación 2129- 2017- Lima Norte**

En el proceso de desalojo, la parte demandada sí puede oponer válidamente la unión de hecho sostenida con la parte demandante, por ser un proceso plenario, donde el derecho en disputa no es la propiedad sino el derecho a poseer. En el sexto considerando señala que lo alegado por el demandado sobre la supuesta convivencia no ha sido debidamente acreditada. Se emite en la misma tendencia que la primera instancia de fecha 09/03/2015, que ha declarado infundada la demanda sentencia, y además ha sido confirmada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia Lima Norte.

### **Casación 2514-2017 -Lima Norte**

En un inicio se declaró procedente la demanda. Se alegaron los fundamentos de la Sala Superior que declararon improcedente la demanda de desalojo por ocupación precaria; ya que no ha satisfecho el requisito de procedencia previsto en la norma legal. En efecto, con la demanda se pretende la restitución de la totalidad del inmueble indicado la consideración organizada sobre el desalojo.

Estas dos casaciones parten de la correcta acreditación de los medios.

## **5.2. Segunda ponencia**

En el proceso de desalojo, la parte demandada no puede oponer válidamente, en su defensa, la unión de hecho sostenida con la parte demandante; en virtud de que la vía escogida no es un proceso previsto para resolver tópicos de derecho de familia. La declaración de unión de hecho precisa la

acreditación de hechos en un proceso más amplio; es decir, uno en el cual se puedan identificar las situaciones.

Se sostiene que no se puede verificar dicho supuesto, desconociendo el carácter plenario del proceso sumarísimo. Como segundo punto se señala que la unión de hecho debe ser discutida en un proceso de familia.

## **6. Respuestas a las preguntas del público**

### **6.1. ¿Al arrendador le conviene emitir una carta notarial para la restitución del inmueble porque convierte al inquilino en precario?**

Tras los Plenos Casatorios y Jurisdiccionales Nacionales se ha dictaminado que no puede sostenerse un desalojo por el vencimiento del contrato. Todo se define en las vías de la precariedad, la cual sí se configura desde el momento en que el contrato se ha vencido.

### **6.2. Si el demandado no presentó una defensa o contrademanda cuando empezó el caso de desalojo, pero se cuenta con una ¿puede ser presentada antes de que el caso llegue a la Corte?**

Cualquier defensa se debe presentar en los plazos determinados; pero si no atendió a la oportunidad, podría alegar algún medio probatorio fuera del plazo. Ante ello, el juez decide incorporarlo como una prueba de oficio de forma facultativa.



# Redacción de demanda de fijación de pensión de alimentos para menores de edad\*

Suzie Hung Suarez\*\*

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Régimen de bienes en la sociedad de gananciales / 3. Relaciones patrimoniales que se generan con los hijos dentro de la sociedad de gananciales / 4. Edificaciones o construcciones en terrenos que es propiedad de uno de los cónyuges / 5. Disposición de un bien social sin la intervención de uno de los cónyuges / 6. Actos de disposición sobre bienes donados o legados a un solo cónyuge / 7. Régimen de separación de bienes / 8. Respuestas a las preguntas del público / 9. Referencias.

## 1. Introducción

El presente trabajo versa sobre la estrategia en la redacción de demandas de fijación de pensión alimentos para menores de edad, considerando las recientes variaciones procedimentales introducidas por la Ley N° 31464, que modifica las normas que regulan los procesos de alimentos, a fin de garantizar la debida aplicación del principio del interés superior de niño y la obtención de una pensión de alimentos adecuada.

Si bien, a diferencia de los demás procesos, no se requiere de la intervención de un abogado para redactar una demanda de alimentos e incluso existen formularios de demanda de alimentos distribuidos por el propio Poder Judicial, por la falta de espacio, éstos últimos no permiten exponer adecuadamente los fundamentos de hecho ni resaltar la relevancia y pertinencia de ciertos medios probatorios. Por ello, recomendamos redactar la demanda de alimentos en vez de utilizar un formulario.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 23 de junio del 2022.

\*\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia fundadora del Estudio Chu & Hung, Abogadas de Familia. Especialista en Derecho de Familia. Ha brindado grandes conferencias a nivel nacional.

## 2. Estructura

La estructura de la demanda de fijación de pensión de alimentos para menores de edad está determinada por el Artículo 424 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC)<sup>1</sup> y el Artículo 164-A del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA)<sup>2</sup>. A continuación, analizaremos a detalle dicha estructura.

### 2.1. Datos esenciales

En la primera hoja de la demanda, en la parte superior derecha se indica el número del escrito (Nº 1) junto con la sumilla, en la cual se especifica el fondo de la demanda, en este caso, “demanda de alimentos”. Después, se precisa el juzgado de paz letrado destinatario de la demanda. Luego, si bien, según la costumbre, los datos personales de las partes se colocan en un único párrafo; debemos tener presente quién está leyendo la demanda y cómo la va a apreciar. Por lo que, para facilitar la lectura y evitar errores en la captación de los datos personales, recomendamos informarlos mediante viñetas. Asimismo, respecto a los datos personales de las partes, el tercer párrafo del Artículo 164-A del CNA<sup>3</sup> recomienda incluir el correo electró-

---

#### 1 Artículo 424 del CPC.- Requisitos de la demanda

*“La demanda se presenta por escrito y contendrá:*

1. *La designación del Juez ante quien se interpone.*
2. *El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria, domicilio procesal del demandante y el domicilio procesal electrónico, constituido por la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial de acuerdo a la Ley 30229.*
3. *El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo.*
4. *El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.*
5. *El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.*
6. *Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.*
7. *La fundamentación jurídica del petitorio.*
8. *El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse.*
9. *El ofrecimiento de todos los medios probatorios.*
10. *La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos y de declaración judicial de paternidad. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto”.*

#### 2 Artículo 164-A del CNA.- Postulación del proceso de alimentos

*“La demanda de alimentos se presenta por escrito a través de la Mesa de Partes física o de manera virtual empleando la Mesa de Partes Electrónica. Alternativamente, la demanda puede ser presentada por medio de formularios físicos o electrónicos.*

*La parte demandante debe procurar especificar si la parte demandada es un trabajador dependiente o independiente, mencionando el nombre del lugar donde la parte demandada trabaja o ejerce sus labores. La no consignación de esta información no determina, en ningún caso, la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda. Adicionalmente, en la demanda del proceso de alimentos se precisa facultativamente el correo electrónico y el número de teléfono celular tanto de la parte demandante como de la parte demandada”.*

#### 3 Artículo 164-A del CNA.- Postulación del proceso de alimentos

*“(…)*

nico y número de teléfono celular de las partes para agilizar la comunicación; no obstante, este no es un requisito de admisibilidad de la demanda.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que los menores de edad no pueden accionar por sí mismos; sino a través de sus representantes legales, recomendamos especificar dicha situación en la introducción de la demanda. Para que la relación procesal esté claramente establecida.

Por otro lado, siempre que mencionemos una norma legal, es recomendable insertar una notar al pie citando dicha norma legal, para que la persona que lea la demanda sepa rápidamente a qué norma nos estamos refiriendo, no pierda tiempo buscándola y pueda atendernos más rápidamente.

Respecto al domicilio del demandado, es indispensable verificar su domicilio vigente ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC). Ello se puede lograr obteniendo el certificado de inscripción o C4 del demandado.

Si no se conoce el domicilio real del demandado, se debe consignar únicamente su domicilio vigente ante el RENIEC. Si se conoce el domicilio real del demandado y éste no coincide con su domicilio RENIEC, se debe solicitar al juez emplazarlo en ambos domicilios, a efecto de evitar nulidades.

Finalmente, no se debe emplazar al demandado en su centro laboral, ya que dicho emplazamiento no sólo será inválido; sino que podría generar la complicación de la relación laboral o el cese del demandado, impidiendo que éste pueda pagar la pensión alimenticia por la cual se le demanda. Asimismo, no se debe emplazar al demandado en el domicilio de sus parientes, ya que dicho emplazamiento también sería inválido y podría considerarse un acto de violencia psicológica contra el demandado y sus parientes. Es decir, podría traer problemas para el demandante.

## **2.2. Petitorio**

El petitorio de las demandas de fijación de pensión de alimentos suele tener una única pretensión principal, la cual es fijar la pensión de alimentos para el niño, niña o adolescente (en adelante, NNA) que debe ser asumida por el demandado.

En este punto es necesario determinar si la pensión se va a pedir como monto fijo mensual o como un porcentaje de los ingresos del demandado. Desde el punto de vista estratégico, si el demandado trabaja de forma

---

*Adicionalmente, en la demanda del proceso de alimentos se precisa facultativamente el correo electrónico y el número de teléfono celular tanto de la parte demandante como de la parte demandada".*

dependiente, resulta más adecuada la pensión por porcentaje, ya que ello permitirá que la pensión aumente automáticamente si el demandado recibe aumentos y permitirá acceder a un porcentaje de los beneficios sociales, utilidades, bonos y demás beneficios laborales.

En contraste, si el demandado trabaja de forma independiente, de manera informal, si no trabaja o se desconoce su circunstancia laboral, resulta más adecuada la pensión por monto fijo, lo cual permite centrarla en las necesidades del NNA, más que las posibilidades del demandado.

Asimismo, se recomienda solicitar en el petitorio que la pensión sea depositada en una cuenta de ahorro en soles de alguna institución bancaria que sea accesible para el demandante; caso contrario, el juez ordenará que sea depositada en el Banco de la Nación, el cual no tiene tantos cajeros ni tantas facilidades ni medios digitales como los otros bancos.

A mayor abundamiento, es importante que la cuenta en la cual el demandante solicite que se deposite la pensión no sea su cuenta sueldo, su propia cuenta de ahorros ni tenga ninguna otra finalidad más que el pago de la pensión. Sólo de esa forma se podrá determinar claramente el cumplimiento o incumplimiento del demandado y no habrá dudas sobre otros ingresos a la cuenta ni se revelará información bancaria personal del demandante si se exhiben los estados de cuenta.

### **2.3. Competencia**

Respecto a la competencia por la materia, el primer párrafo del Artículo 96 del CNA<sup>4</sup> precisa que el proceso debe ser atendido por un juzgado de paz letrado.

Con relación a la competencia por el territorio, el demandante tiene dos opciones. La primera opción está determinada por el numeral 3 del Artículo 24 del CPC,<sup>5</sup> el cual indica que la demanda se puede presentar ante el juzgado del distrito donde vive el demandante con el NNA. La segunda opción está determinada por el Artículo 14 del CPC,<sup>6</sup> el cual indica que

---

**4 Artículo 96 del CNA.- Competencia**

*"El Juez de Paz Letrado es competente para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pretensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones. (...)"*

**5 Artículo 24 del CPC.- Competencia facultativa**

*"Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: (...)"*

*3. El Juez del domicilio del demandante, en las pretensiones alimenticias".*

**6 Artículo 14 del CPC.- Reglas generales de la competencia**

*"Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición*

la demanda se puede presentar ante el juzgado del distrito donde vive el demandado.

La elección será estratégica del demandante, dependiendo de cuánta sea la carga de cada juzgado y otras consideraciones.

## **2.4. Vía procedimental**

Respecto a la vía procedimental, se debe señalar que corresponde al proceso único, De conformidad con el Artículo 161 del CNA.<sup>7</sup>

## **2.5. Fundamentos de hecho**

Usualmente los demandantes desean explayarse en esta parte, exponiendo a detalle la relación romántica que existió entre las partes, infidelidades, problemas en la concepción del NNA y el embarazo, violencia física o psicológica ejercida por el demandado contra el demandante o el NNA, las deficientes habilidades parentales del demandado, el desinterés del demandado por el NNA, entre otros hechos que si bien pueden resultar relevantes en abstracto para el caso; no lo son específicamente para el proceso de alimentos.

Los únicos temas relevantes para el proceso de alimentos y los únicos que se deben exponer en los fundamentos de hecho de la demanda son, como máximo, tres: las necesidades del NNA, la situación económica del demandado y, siempre que resulte pertinente, la situación económica del demandante.

No debemos perder de foco que la finalidad de este proceso es fijar el monto de la pensión alimenticia, por lo que nuestros argumentos deben centrarse exclusivamente en aportar información útil para determinarlo. Debemos tener siempre presente quién va a leer la demanda y cómo la va a preciar. El llenar los fundamentos de hecho de información irrelevante hará que el juez se demore más en atender el caso y pierda de vista la información verdaderamente importante.

### **Necesidades del NNA**

Respecto a las necesidades del NNA, recomendamos incluir un cuadro detallando cada rubro (salud, educación, alimentación, etc.) y cada concepto

---

*legal en contrario.*

(...)"

#### **7 Artículo 161 CNA.- Proceso Único**

*"El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil".*

que forma parte del rubro (por ejemplo, dentro del rubro salud tenemos seguro, copagos, vitaminas, terapia, etc.), especificando el costo mensual de cada concepto, ya que la pensión alimenticia se otorga de forma mensual. Teniendo eso en cuenta, los conceptos que suelen ser anuales (matrícula, uniforme, útiles, membresías, impuesto predial, etc.) deben ser prorrateados de forma mensual en el cuadro.

Por otro lado, en el rubro vivienda solemos tener conceptos como alquiler, hipoteca, impuesto predial, arbitrios, mantenimiento, servicios (luz, agua, teléfono fijo, cable, internet, gas, etc.) y remuneración y beneficios sociales de las trabajadoras del hogar. A veces el demandante indica que paga, por ejemplo, S/ 1,000.00 (mil soles) de alquiler mensual, por lo que desea que se incluya en el cuadro dicho monto. Sin embargo, teniendo en cuenta que el demandante vive con el NNA, dicho concepto los beneficia en realidad a ambos, no pudiendo imputarle la integridad del gasto sólo al NNA. Si el demandante vive con el NNA se entiende que ambos se benefician del alquiler, por lo que S/ 500.00 (quinientos soles) será el monto que le corresponde al NNA y los otros S/ 500.00 (quinientos soles) al demandante. Todos los gastos de vivienda que favorezcan a más personas deben ser prorrateados entre las personas que viven juntas, para determinar el monto que le corresponde exclusivamente al NNA.

No hacer el ejercicio señalado e imputar la integridad del gasto al NNA no es una buena estrategia, porque los jueces sí suelen detectar esta situación y el demandante puede ser apreciado como alguien que intentó inflar los gastos, lo cual puede repercutir en la sentencia.

### **Situación económica del demandado**

En segundo lugar, respecto a la situación económica del demandado, debemos exponer todas las fuentes de ingreso que tenga y la evidencia de ellas. Empezando con los ingresos profesionales u ocupacionales, el segundo párrafo del Artículo 164-A del CNA<sup>8</sup> nos recomienda señalar si el demandado es un trabajador dependiente o independiente. De ser dependiente debemos informar la razón social, RUC, dirección, correo electrónico y teléfono del centro de labores, a efectos de que el juzgado pueda solicitar la información necesaria.

Si el demandado es independiente o informal; pero es profesional, se puede

---

<sup>8</sup> Artículo 164-A del CNA.- Postulación del proceso de alimentos

“(…)

*La parte demandante debe procurar especificar si la parte demandada es un trabajador dependiente o independiente, mencionando el nombre del lugar donde la parte demandada trabaja o ejerce sus labores. La no consignación de esta información no determina, en ningún caso, la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda.*

“(…)”

ofrecer, como medio probatorio, la búsqueda del demandado en la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU),<sup>9</sup> donde se pueden apreciar sus títulos profesionales. Ello demuestra que, si bien el demandado no tiene o no reporta ingresos, tiene aptitud para generarlos.

Asimismo, se puede ofrecer como medio probatorio el perfil de LinkedIn<sup>10</sup> del demandado, siempre que este sea público, esté actualizado y sea útil.

Otro medio probatorio que demuestra capacidad económica son las copias literales (certificadas) de las partidas registrales de bienes inmuebles, vehículos o empresas que tenga el demandado en SUNARP. Dichas partidas se pueden ubicar a través de una búsqueda por índice o búsqueda por nombre en las provincias donde vive al demandado o se presume o sabe que tiene bienes. En caso de duda, se puede hacer una búsqueda nacional.<sup>11</sup>

En ocasiones, el demandante sabe que el demandado tiene bienes; pero a nombre de otras personas (testaferros). Si bien dicha situación puede ser cierta, no resulta útil presentar documentos relacionados a bienes que no estén registrados específicamente a nombre del demandante, porque en el proceso de alimentos no se puede demostrar la irregularidad de la titularidad.

Respecto a la situación financiera del demandado, también se puede obtener el reporte crediticio del demandado a través de Equifax.<sup>12</sup> Si bien los reportes crediticios exponen deudas y no ingresos, la utilidad de esta prueba radica en que, si el demandado puede pagar deudas sin problemas, es porque cuenta con los ingresos necesarios para pagarlas, lo cual nos da indicios de su capacidad económica. En ese sentido, si el reporte crediticio indica que el demandado es un buen pagador o es puntual en sus pagos, servirá como prueba de sus ingresos.

Seguidamente, si el demandado suele hacer viajes internacionales, se puede obtener su certificado de movimiento migratorio,<sup>13</sup> el cual confirmará los viajes y, por lo tanto, los medios económicos para pagarlos.

Después, se busca al demandado en las diferentes redes sociales (Instagram, Facebook, etc.) y en internet en general, con el objetivo de descargar fotos y publicaciones donde se puedan apreciar viajes, salidas, compras, etc. del demandado que demuestren capacidad económica.

---

9 <<https://enlinea.sunedu.gob.pe/>>

10 <<https://www.linkedin.com/>>

11 <<https://enlinea.sunarp.gob.pe/sunarpweb/pages/acceso/ingreso.faces>>

12 <<https://soluciones.equifax.com.pe/e-commerce/compra/reporte-infocorp-persona-propio-30/>>

13 <<https://agenciavirtual.migraciones.gob.pe/agencia-virtual/identidad>>

Por otro lado, la situación económica del demandado no sólo está determinada por sus ingresos; sino también por sus gastos o cargas. En ese sentido, si el demandado tiene otros hijos o dependientes a los cuales también debe darles una pensión alimenticia, se debe mencionar en la demanda.

Omitir dicha información puede parecer atractivo, especialmente si el demandado resulta rebelde y no puede comunicar esa información. Sin embargo, el obtener una sentencia sin tener en cuenta esa información expone al demandante a ser demandado posteriormente por reducción o prorrateo de alimentos. Con lo que habríamos generado que nuestro cliente tenga que pagar dos juicios en vez de uno solo.

### **Situación económica del demandante**

Finalmente, exponer o acreditar la situación económica del demandante no es legamente indispensable. Por lo que sólo será útil o estratégico hacerlo si la situación económica del demandante no es buena, a efectos de trasladar la mayor carga alimenticia al demandando.

## **2.6. Fundamentos de derecho**

Para efectos de la admisión de la demanda es suficiente señalar que ésta se fundamenta en los Artículos 92, 93 y 96 del CNA, y el Artículo 481 del Código Civil. Sólo es necesario ahondar en este rubro si el caso tiene alguna particularidad técnica legal.

## **2.7. Medios Probatorios**

Para efectos de orden y claridad, recomendamos exponer los medios probatorios en un cuadro, especificando el número de medio probatorio, el anexo en donde se encuentra y el hecho que prueba.

## **2.8. Otrosíes**

En los otrosíes recomendamos hacer los siguientes pedidos. En primer lugar, pedirle al juez que mencione expresamente en el auto admisorio el apercibimiento de declararse la rebeldía del demandado y de continuar con el proceso en caso el demandado no acompañe a su contestación la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o la declaración jurada con firma legalizada sobre sus ingresos.<sup>14</sup>

---

**14 Artículo 565 del CPC.- Anexo especial de la contestación**

*"El Juez no admitirá la contestación si el demandado no acompaña la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye. De no estar obligado a la declaración citada, acompañará una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada. En este caso es de aplicación el segundo párrafo del Artículo 564".*



En segundo lugar, de conformidad con el Literal c del Artículo 167-A del CNA,<sup>15</sup> recomendamos pedirle al juez que fije fecha y hora para la audiencia única.

En tercer lugar, si el demandado trabaja de forma dependiente, se le puede pedir al juez que, de conformidad con el Literal e del Artículo 167-A del CNA<sup>16</sup> y el Artículo 564 del CPC,<sup>17</sup> oficie a la empleadora del demandado solicitando emitir un informe en el que se indique la siguiente información sobre el demandado: (i) naturaleza de sus ingresos y monto; (ii) qué beneficios sociales recibe y cuál ha sido el último monto recibido por cada concepto; (iii) si recibe utilidades y cuánto ha sido el último monto recibido por dicho concepto; (iv) si recibe bonos y cuánto han sido los últimos cuatro montos recibidos por dicho concepto; (v) si recibe alguna otra suma de libre disponibilidad y a cuánto ha sido el último monto recibido por cada concepto.

En cuarto lugar, si el demandado percibe ingresos independientes de manera formal se le puede pedir al juez que oficie a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), solicitando la exhibición de la última declaración jurada para la aplicación del impuesto a la renta presentada por el demandado.

En quinto lugar, si el demandado cuenta con otros hijos o dependientes y no se han podido obtener sus actas de nacimiento o matrimonio de forma directa, se puede solicitar al juez, de conformidad con el Artículo 167-A

---

**15 Artículo 167-A del CNA.- Contenido del auto admisorio para la demanda de alimentos**

*"El auto admisorio debe contener:*

*(...)*

*c) Fecha y hora para la realización de la audiencia única, la misma que no deberá ser posterior a los diez (10) días de notificada la demanda a las partes".*

**16 Artículo 167-A del CNA.- Contenido del auto admisorio para la demanda de alimentos**

*"El auto admisorio debe contener:*

*(...)*

*e) Mandato inimpugnable del Juez requiriendo de oficio al empleador de la parte demandada información que le permita conocer la capacidad económica del obligado alimentista".*

**17 Artículo 564 del CPC.- Información solicitada de oficio**

*"El Juez solicita el informe por escrito al centro de trabajo del demandado sobre su remuneración, gratificaciones, vacaciones y cualquier suma de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de este. Para otros casos, el informe es exigido al obligado al pago de la retribución económica por los servicios prestados por el demandado. Asimismo, el Juez solicita las declaraciones juradas de renta anual de la parte demandada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), copia literal de las partidas registrales de los bienes muebles e inmuebles activos e inactivos del demandado a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) y la existencia de otros hijos menores de edad del demandado al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).*

*En cualquiera de los supuestos indicados, el informe debe ser presentado en un plazo no mayor de siete (7) días de manera completa y veraz, bajo apercibimiento de remitir copias certificadas de los actuados pertinentes al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente".*

del CNA<sup>18</sup> y el Artículo 564 del CPC<sup>19</sup>, oficiar al RENIEC solicitando la exhibición de dichas actas.

En sexto lugar, si el demandado tiene inmuebles, vehículos o empresas a su nombre y no se han podido obtener las copias literales (certificadas) de las partidas correspondientes de forma directa, se le puede pedir al juez que oficie a la SUNARP solicitando la exhibición de dichas partidas.

En séptimo lugar, se puede solicitar una medida cautelar de asignación anticipada, cumpliendo con exponer los requisitos de la solicitud cautelar.

Finalmente, en los demás otrosíes se pueden designar abogados y autorizar a personas para trámites administrativos.

Por último, se pasa al “por tanto”, donde se solicita la admisión de la demanda y la atención de todos los otrosíes.

### 3. Modelo de demanda

El modelo de demanda de fijación de pensión de alimentos para menores de edad analizado en esta conferencia se puede descargar del siguiente enlace: <<https://docs.google.com/document/d/1K14v0jorCXm2tDWQ-D2Gsfp-Aito-7p3k/edit>>

---

18 **Artículo 167-A CNA.- Contenido del auto admisorio para la demanda de alimentos**

*“El auto admisorio debe contener:*

*(...)*

*d) Adicionalmente a lo establecido en el artículo 564 del Código Procesal Civil, el mandato inimpugnable del Juez requiriendo de oficio los medios probatorios que necesiten ser actuados en la audiencia única”.*

19 **Artículo 564 CPC.- Información solicitada de oficio**

*“El Juez solicita el informe por escrito al centro de trabajo del demandado sobre su remuneración, gratificaciones, vacaciones y cualquier suma de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de este. Para otros casos, el informe es exigido al obligado al pago de la retribución económica por los servicios prestados por el demandado. Asimismo, el Juez solicita las declaraciones juradas de renta anual de la parte demandada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), copia literal de las partidas registrales de los bienes muebles e inmuebles activos e inactivos del demandado a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) y la existencia de otros hijos menores de edad del demandado al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).*

*En cualquiera de los supuestos indicados, el informe debe ser presentado en un plazo no mayor de siete (7) días de manera completa y veraz, bajo apercibimiento de remitir copias certificadas de los actuados pertinentes al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente”.*

## **4. Respuestas a las preguntas del público**

### **4.1. En plena pandemia, José es demandado por alimentos en Lima, pero él vive en Lambayeque. Buscando un abogado —y representante legal a su vez—, establece su domicilio procesal en Lima ¿Ante ello, es razonable que la contestación se declare inadmisibile?**

Hay dos domicilios que el demandado debe exponer en la demanda, su domicilio real y su domicilio procesal. Como domicilio real, el demandado debe comunicar la dirección del lugar donde efectivamente vive. Como domicilio procesal, el demandado debe comunicar dónde desea recibir las notificaciones judiciales físicas. La mayoría de juzgados exige que el domicilio procesal se encuentre dentro del radio urbano donde se encuentra el juzgado.

Respecto al caso hipotético, teniendo en cuenta que el juicio es en Lima, es adecuado que José fije su domicilio procesal en Lima, por lo que dicha situación no puede acarrear la inadmisibilidad de la contestación.

### **4.2. Qué hacer ante una demora de más de seis meses para emitir sentencia después de la audiencia única?**

Es una situación delicada ya que, si se presiona con mucha intensidad a un juzgado, puede resultar en un fallo adverso debido al fastidio que se puede generar. El fastidio puede ser justificado para el demandante, al no tener durante un largo periodo una respuesta para su juicio; sin embargo, el fastidio puede considerarse injustificado de parte del juzgado, ya que tiene miles de juicios que atender y no es físicamente posible avanzar más rápido.

En base a ello, proponemos actuar de forma escalonada: (1) usar el Módulo de Atención al Usuario (MAU)<sup>20</sup> para solicitarle al personal administrativo comunicarse con el despacho judicial y solicitar la emisión de la sentencia. Sólo si no se obtiene una respuesta por esa vía o dicho aplicativo no está disponible para el caso específico, se procede a (2) usar el módulo de “El Juez Te Escucha”, con miras a comunicarse directamente con el juez y solicitarle la emisión de la sentencia. En caso tampoco se obtenga una respuesta por esa vía (3) se puede intentar ir de manera presencial al juzgado y solicitar la emisión de la sentencia, a veces hay personas brindando atención al público. Finalmente, sólo en caso todas las opciones anteriores hayan fracasado, (4) se presentar una queja ante la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA).

---

<sup>20</sup> <<https://csjlima.pj.gob.pe/mau/>>

### **4.3. En el curso de la demanda de alimentos, el demandado, que era trabajador independiente, fallece producto de un accidente. En vistas de ello, ¿contra quién recae el proceso, a sabiendas el demandado no cuenta ni con padres ni hermanos?**

El Artículo 93 del CNA nos dice que los padres son los primeros obligados a prestar alimentos a sus hijos. En caso de fallecimiento, ausencia o desconocimiento del paradero de los padres, deben prestar alimentos los hermanos mayores de edad, los abuelos, los tíos y los tutores del NNA. Si alguna de las personas citadas es heredera del demandado, el proceso puede continuar contra ellos como sucesores procesales. Si existe alguna de las personas citadas; pero no es heredera del demandado, se debe iniciar un nuevo proceso contra ellas. Si no existe ninguna de las personas señaladas, lamentablemente no se puede emplazar a nadie más.

### **4.4. ¿Cómo se puede acreditar la capacidad económica del demandado, más allá de un empleo dependiente?**

A través de su declaración jurada para la aplicación del impuesto a la renta, de sus títulos profesionales, de su perfil profesional de LinkedIn, de sus bienes registrados ante la SUNARP, de su reporte crediticio, de su movimiento migratorio y de la información que se pueda encontrar en redes sociales e internet en general. Incluso si no se tuviese ninguna prueba de la solvencia económica del demandado o éste efectivamente no tuviese ninguna fuente de ingresos, la obligación alimentaria no se activa cuando el demandado tiene los medios económicos para cumplir; la obligación alimentaria está activa y el demandado tiene que buscar la forma de cumplir, independientemente de si tiene estudios, de si está trabajando, de si tiene otras obligaciones, etc.

### **4.5. Al momento de calcular los montos que componen la pensión de alimentos ¿Se deberían contemplar los gastos del demandante si es que se dedicara exclusivamente al cuidado de su menor hijo?**

Los únicos gastos que se tienen en cuenta al momento de fijar la pensión de alimentos del NNA, son los gastos del NNA. Los demandantes, como adultos, tienen la obligación a mantenerse a sí mismos y, en caso no puedan hacerlo, deben iniciar su propio proceso de alimentos.

No obstante, de conformidad con el Artículo 481 del CC, si el demandante se dedica exclusivamente al cuidado del hogar y del NNA, el juez puede considerar que dichas labores son su aporte económico para el NNA, lo que permite trasladar la carga alimenticia al demandado.

#### **4.6. ¿Es posible iniciar una demanda de alimentos a favor de los mayores de edad?**

Sí, los mayores de edad pueden iniciar procesos de alimentos siempre que estén cursando estudios superiores sin jalar cursos, tengan menos de 28 años y estén solteros. Asimismo, los mayores de edad con alguna discapacidad física o mental que les impida mantenerse a sí mismos pueden iniciar procesos de por vida.

#### **4.7. Con la última modificatoria de los alimentos, ¿qué cambio trascendental se produce?**

Con la normativa anterior un proceso de alimentos podía durar, aproximadamente, dos años y medio, incluyendo la segunda instancia. Ello debido no sólo a la carga procesal; sino a que todo impulso o avance debía ser de parte y de forma posterior al auto admisorio. Por ejemplo, el solicitar fecha de audiencia única y el solicitar la rebeldía del demandado eran actos que debían ser solicitados por el demandante y después que la demanda fuera admitida.

Ley N° 31464, que modifica las normas que regulan los procesos de alimentos, a fin de garantizar la debida aplicación del principio del interés superior de niño y la obtención de una pensión de alimentos adecuada, le permite al demandante solicitar muchas más cosas en la misma demanda y al juez acumular varios actos procesales en el auto admisorio. Con ello, esperamos que el proceso de alimentos sea más expeditivo, pudiendo llegar a tomar menos de un año, incluyendo la segunda instancia.



# La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes\*

Roberto Cabrera Suárez\*\*

*Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Evolución jurídica de la unión de hecho en el Perú / 3. Antecedentes / 4. Naturaleza jurídica de la unión de hecho / 5. Requisitos que configuran la unión de hecho / 6. Posesión constante de estado / 7. Formas de reconocer la unión de hecho / 8. Derechos reconocidos a las uniones de hecho / 9. Filiación extramatrimonial / 10. Disolución de la unión de hecho / 11. Unión de hecho homoafectiva / 12. Conclusión.

## 1. Introducción

La unión de hecho en el Perú, desde la perspectiva del derecho de familia y constitucional, tendrá como norte la protección de ciertas prerrogativas básicas de sus integrantes; asimismo, permite analizar la institución desde los desafíos pendientes, por lo que el presente artículo cuenta con 2 perspectivas en torno a la unión de hecho y su problemática.

## 2. Evolución jurídica de la unión de hecho en el Perú

Es importante entender que la unión de hecho ha permitido un análisis de la realidad social. Por primera vez fue reconocida en la Constitución de 1979 como una nueva forma de fundar una familia dentro de nuestro país; porque sí nos atenemos a los Códigos Civiles anteriores al de 1984, no se reconocía la unión de hecho en el sentido estricto de la palabra, sino el concubinato la cual no era considerada como una institución jurídica.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 23 de junio del 2022.

\*\* Abogado, Maestro en Gestión Pública y Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de San Martín. Presidente de la Comisión Regional de INDECOPI – San Martín. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0122-2161>

Por lo tanto, el no reconocimiento es una situación que siempre ha existido en el Perú, la cual coloca en evidencia que el derecho en muchas ocasiones le da la espalda a la realidad social generando por muchos años injusticias; sobre todo para las parejas que no encontraban el amparo de la ley antes de la Constitución de 1979. Cabe mencionar que la influencia de dicha Carta Magna es notoriamente social debido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, siendo la primera constitución en la cual se establece un amplio catálogo de derechos —entre ellos, los de familia— y conquistas sociales muy importantes tales como la igualdad de todos los hijos ante la ley, la igualdad de la mujer y el hombre, el deber del Estado de proteger a la familia y la unión de hecho.

Es aquí donde la Constitución de 1979 recoge la unión de hecho desde un aspecto netamente patrimonial; mucho después esta institución, a través de las diversas resoluciones que va emitiendo el Tribunal Constitucional, se ha nutrido de toda una corriente unánime que considera a la unión de hecho como fundamento de la familia. Fue necesario el reconocimiento de deberes y derechos de una unión voluntaria entre un hombre y una mujer que sin estar casados comparten lecho, mesa y asimismo una serie de comportamientos dentro de un hogar.

Ciertamente existe una similitud entre la unión de hecho y el matrimonio; el factor diferencial es el aspecto legal, puesto que el matrimonio está reconocido por la Constitución y también por el Código Civil, regulación de la cual se desprender efectos jurídicos mucho más amplios en materia de derechos y deberes.

En este sentido, la Constitución de 1979 ha desprendido una serie de normativas que benefician a la unión de hecho al punto que en la actualidad es posible comparar la unión de hecho con el matrimonio desde la perspectiva de los beneficios legales. Ante ello surge la interrogante ¿En qué se diferencia la unión de hecho con el matrimonio respecto a la fundación de la familia? En nada, porque ambas son familias; solo que una pasa por el Registro Civil y la otra no.

Evidentemente existe una diferencia, en específico dentro de los derechos sobrevinientes a su celebración, como la posibilidad de protección: En el caso del matrimonio, sobre los hijos procreados pesa la presunción de filiación con respecto a ambos cónyuges; situación que no concurre en la unión de hecho ya que la situación jurídica del hombre y la mujer es diferente.

En la Constitución del 1993 no se podía desconocer lo que ya se había hecho en la Carta Magna del 79; es así como también se reconoce la unión de hecho como la unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados,



asumen la formación de una nueva familia, para lo cual necesitan cumplir con una serie de requisitos tales como generar una convivencia en forma permanente por lo menos de dos años.

Siguiendo esta línea, es necesario plantear directrices que coadyuven al fortalecimiento y reconocimiento amplio de esta institución, dada la fragilidad de su naturaleza. Por ejemplo, si el vínculo es roto por el varón, la mujer puede solicitar una indemnización al configurarse una separación injustificada. Por otro lado, es imperativo proteger al gran número de familias que viven en concubinato irregular; es decir, uno de los integrantes no ha llegado a divorciarse —sea porque no configuraban causales, sea porque no hubo acuerdo mutuo—; más aún si median hijos. Lo realmente preocupante es que en este último escenario el ordenamiento no contempla su protección más allá de la preocupación por el desarrollo del menor.

Asimismo, es pertinente tutelar el matrimonio putativo, el cual se configura entre un sujeto casado y otro que, confiando en la soltería alegada por su pareja, generan un vínculo matrimonial. Claramente el acto jurídico deviene en nulo, no obstante, la ley determina que procede una protección al miembro que actuó de buena fe, a quien se le conoce como la parte putativa; por lo que goza de los efectos jurídicos de un divorcio.

En esta sede se defiende la postura que este mecanismo debe ser aplicado también en el concubinato irregular, más aún cuando una de las partes engaña a la otra, sosteniendo que solo es necesario culminar trámites menores para consolidar el divorcio con su anterior pareja; siendo vulnerados los intereses y derechos del otro conviviente.

La otra posibilidad es que se eliminen los requisitos del concubinato, dada la convivencia como familia y la desprotección de la ley; ello con la finalidad de que regularicen su situación jurídica. No obstante, para dicho cambio se necesitaría una reforma constitucional, en cuanto la Constitución contempla como requisito la falta de impedimentos matrimoniales; ello, contrariando la realidad social de miles de convivientes que no cumplen con dicha característica.

Es importante tener en cuenta la diferencia entre el concubinato irregular y el regular, siendo este último el que cumple con las exigencias constitucionales de no contar con impedimentos matrimoniales. Adicionalmente, es relevante mencionar que la unión de hecho es un sinónimo del concubinato, y también recordar que esta institución es una forma de fundar familias tal como lo hace el matrimonio; por lo que deben crearse diversos modos de defensa para todos los tipos de familia como la monoparental, la ensamblada, entre otras.

Por esta razón se debe entender a la familia desde un punto de vista genérico, buscando su protección la cual escapa del contexto de la regulación, debiéndose generar espacios que permitan una mayor reflexión y reformas en el ordenamiento, llegando hasta la Constitución.

Respecto a la evolución jurídica de la unión de hecho, no ha recibido la aceptación debida por parte de la sociedad, ciertamente conservadora y creadora de prejuicios con el concubinato, teniendo como fundamento la consagración de una única concepción tradicional de familia, vinculada exclusivamente al matrimonio y a cánones religiosos.

Recién con el advenimiento de la Constitución del 79 las uniones de hecho han gozado de un reconocimiento normativo, generando iguales derechos para los hijos concebidos fuera o dentro del matrimonio. Con fines ilustrativos, cabe recordar la vejatoria regulación colombiana de inicios del siglo XX, el cual colocaba en la partida de nacimiento de los menores concebidos de forma extramatrimonial como “hijos de deleznable y punitivo ayuntamiento”; en nuestro país se les conoció como hijos ilegítimos, siendo estas nomenclaturas nutridas por el conservadurismo que consideraba a dichos menores como contrasentidos a los principios de naturaleza religiosa y moral.

Por ello la Constitución de 1979 suprime toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos. En la constitución del 93 empieza a protegerse más bien el derecho a la identidad y con las sentencias del Tribunal Constitucional se ha ampliado el contenido de este derecho, debido también a la corriente del bloque de constitucionalidad.

En nuestra actual carta política, el artículo 5 define la unión de hecho como una unión estable de un varón y una mujer; asimismo se mencionan los requisitos constitucionales, algunos imposibles para ciertas familias. Pese a ello, el artículo 4 señala que la comunidad y el estado detentan la obligación de proteger a la familia, pero hay familias de hecho que no cumplen con el requisito constitucional, ello en perjuicio de que el concubinato es también una fuente generadora de familia amparada por nuestro ordenamiento, exceptuando la irregular.

Según el censo del año 2017 realizado por el INEI respecto a la población conviviente y casada; entre los adolescentes de 12 a 17 años hay una gran cantidad de convivientes, con los jóvenes de 18 a 29 años sucede lo mismo; a diferencia de casados cuya población mayoritaria es de adultos jóvenes de 30 o 44 y de adultos de 45 a 59 años. Ante ello es posible concluir una interesante deducción estadística: en los últimos 50 años el número de

matrimonios se ha reducido, ampliándose el concubinato como fuente generadora de familias.

### **3. Antecedentes**

El Código Civil de 1852 se refería exclusivamente al concubinato como una causal de separación de los cónyuges, mas no como una institución, siendo evidente la marcada influencia del derecho canónico referido al matrimonio. Esta situación se sostuvo en la Constitución de Huancayo que es la Constitución de 1839, cuyo artículo 3 señalaba como única religión a la católica, apostólica y romana, sin permitir la profesión de otro culto.

En el año 1961 con la Ley de Barrios Marginales o Barriadas, se estableció como adquirente de un lote marginal a quien no esté casado y no tenga impedimento de casarse y lo ocupe con una mujer con la cual haga vida marital. Además, el título del bien se expedirá a nombre de los dos convivientes. En definitiva esta fue una de las primeras normativas del siglo XX que reconoce la realidad de las uniones de hecho.

Debe resaltarse que dicha norma preconstitucional, puesto que es una norma anterior a la Constitución del 79. En similar lineamiento, nueve años antes de dicha constitución, el Tribunal agrario reconoce el derecho de la concubina en la adquisición de predios rústicos durante la convivencia, pero vinculándolo al enriquecimiento ilícito. Tiempo posterior, en las leyes 8439 y 8569 se exige que la concubina reciba la compensación por tiempo de servicios de su conviviente —el trabajador fallecido.

### **4. Naturaleza jurídica de la unión de hecho**

Tres teorías desarrollan la naturaleza jurídica de la unión de hecho: i) la primera de ellas la teoría institucionalista, que reconoce al matrimonio como una institución y en ese sentido la unión de hecho también le correspondería una naturaleza jurídica similar; ello en virtud del común denominador del acuerdo de voluntades y los elementos como los deberes de cohabitación, fidelidad, asistencia, y sus respectivas consecuencias jurídicas. En segundo lugar, la teoría contractual entiende a la unión de hecho como una relación exclusivamente contractual, donde el factor económico es el sustento de la existencia de las relaciones convivenciales. Finalmente, la teoría del acto jurídico familiar coloca un énfasis en la voluntad de sus integrantes de generar relaciones de índole familiar.

## 5. Requisitos que configuran la unión de hecho

El primero de ellos reposa en el marco constitucional, en específico el artículo quinto de la Constitución: “*la unión estable entre un varón y una mujer*”; es decir, se refiere a una pareja heterosexual, situación ciertamente discutible; más aún tomando en cuenta el desarrollo orientado por el Tribunal Constitucional chileno y su reconocimiento de la unión de hecho en un principio para las parejas heterosexuales y extendiéndolo también para las del mismo sexo. Este avance ha sido rechazado por su homólogo peruano. Entonces, para configurarse la unión de hecho debe configurarse una convivencia, una intimidad y una vida sexual para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; por esta razón se equipara la unión de hecho al matrimonio. Además esta unión debe voluntaria y realizada, es decir, que en su constitución no media coacción o una convivencia producida, sea por retención violenta o raptó —parte de la costumbre de algunas localidades, ciertamente en proceso de erradicación— .

Otro de los requisitos es libre de impedimento matrimonial, el cual ha recibido un tratamiento extenso en las líneas superiores; es decir, cuya situación no es subsumible a los impedimentos matrimoniales regulados en los artículos 241, 242 y 243 del Código Civil. Algunos de estos impedimentos son: estar casados, ser menor de edad, adolecer de alguna enfermedad crónica, contagiosa o transmisible, ser parientes consanguíneos en línea recta o colateral, etc. Es legítimo cuestionarse si finalmente todos los requisitos que se han establecido coadyuvan a la protección de las familias, dado que en muchas ocasiones el requisito del impedimento matrimonial es un obstáculo. Asimismo, de entre los requisitos se exige que la unión sea permanente, en otras palabras, deberá durar mínimamente por 2 años continuos, a lo cual es menester acotar que los plazos de convivencia intermitente no se suman. Por otro lado, deberá ser exclusiva, es decir monogámica; este requisito también es problemático en cuanto excluye la protección tanto de las familias construidas con base en el engaño, como a aquellas poliamorosas —a pregunta es la siguiente ¿Qué realizará el derecho frente a esto?—. El último requisito por cumplir es la notoriedad: debe ser pública y exteriorizada frente a terceros.

## 6. Posesión constante de estado

El segundo párrafo del artículo 326 de la norma sustantiva civil indica que “*la posesión constante de estado debe probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal siempre que exista un principio de prueba escrita*”. De esta regulación se desprenden ciertos puntos: ¿Qué se debe entender por el trato? Es la forma mediante la cual una persona se relaciona con

otra, pero para que generen los efectos y consecuencias legales, deberá ser exteriorizado. Respecto a este requisito es posible contraargumentar la viabilidad de la exteriorización. Por otro lado, el nombre es un elemento que implica la identidad de las parejas, la fama y legitimación social que realiza la comunidad sobre la familia de convivencia ¿Serán estos requisitos equiparables al marco de la realidad? Tal vez existan otros elementos que también generen una publicidad por su referencia directa al marco normativo señalado.

## **7. Formas de reconocer la unión de hecho**

Las formas para reconocer la unión de hecho están establecidas en la ley, mas no es la forma que deberían tal vez estar establecida a nivel judicial, pues, el proceso de reconocimiento de unión de hecho, que casi siempre es muy raro que se inicie mientras ambos convivientes sigan con vida generalmente siempre se inicia en la mayoría de los casos cuando uno de los convivientes ha fallecido o debido a la decisión unilateral de unos integrantes de culminar con dicha unión. A nivel notarial, que es algo de los últimos años en realidad, se han ido estableciendo facultades a los notarios, es más ahora se escribe incluso las uniones de hecho en los registros públicos, lo cual a mi punto de vista es muy valioso sobre todo para proteger derechos patrimoniales.

## **8. Derechos reconocidos a las uniones de hecho**

Hoy por hoy es el reconocimiento de la sociedad de gananciales como régimen patrimonial, asimismo debería hacerse mayores esfuerzos para el reconocimiento de alimentos entre concubinos, dicho sea de paso, también por los derechos laborales y la pensión de viudez; existen iniciativas importantes que se han ido configurando en el tiempo como las del año 1961 y 1971. Luego tenemos a los derechos sucesorios, donde nos debemos cuestionar hasta qué punto debería modificarse las normas para que exista una mayor amplitud en cuánto a su ejercicio; otro punto relevante es lo relacionado con la adopción, asimismo también los temas relacionados con la protección de la salud desde el ámbito de prestaciones y de acceso, es así que el ordenamiento debe enfocarse en el tiempo para construir un espacio mucho más proclive para la protección de todos estos derechos dentro de las configuraciones constitucionales y normativas, pero como nos hemos dado cuenta hay que generar cambios estructurales.

## **9. Filiación extramatrimonial**

Si los convivientes procrean, nuestro ordenamiento acoge la regulación de la filiación extramatrimonial, la cual es una de las diferencias sustanciales

con el matrimonio, la cual sí genera la presunción *patris*—. Las uniones de hecho por más que estén inscritas en el registro personal, no opera esta presunción, por lo que ambos padres deben reconocer al menor voluntariamente. Por esta razón existe una búsqueda del hijo respecto al padre, lo cual es una traba; tal vez no una vulneración respecto al derecho de la identidad, pero sí una lesión a la especial protección debida de los niños y adolescentes en virtud de su estado de indefensión.

## **10. Disolución de la unión de hecho**

Según la normativa sustantiva, la unión de hecho termina por muerte de uno de sus integrantes, ausencia regular, mutuo acuerdo o decisión unilateral. Sobre el último supuesto se puede teorizar respecto a las diferencias entre unión de hecho y matrimonio: mientras en el primero no existe una obligación de perpetuidad, en la segunda debe existir una decisión jurisdiccional de por medio. Si bien en la actualidad el proceso de divorcio presenta ciertas facilidades, en los 90s era aún más complicado dada la inexistencia de la causal de mutuo acuerdo.

## **11. Unión de hecho homoafectiva**

Los elementos de construcción familiar son ciertamente polémicos, los cuales deberían estar estrictamente relacionados con la protección; no obstante, como ya ha resuelto el Tribunal Constitucional recientemente, se ha negado el reconocimiento a las parejas homoafectivas a diferencia del caso chileno y colombiano, influidos por el derecho convencional. Por esta razón es muy probable que en los próximos 5 años sea emitida una decisión vinculante al Estado peruano que permitan la protección de las parejas homosexuales; lo cual, obviamente generará polémica, ello sin perjuicio de primar la protección de derechos auspiciado por un sistema internacional al cual el Perú está adscrito.

## **12. Conclusión**

Las uniones de hecho han sido materia de complejidades y polémicas de larga data; ciertamente existen avances, pero aún quedan varios pendientes por resolver, como la posibilidad de reclamar una pensión, la potestad de optar por un régimen de separación de patrimonios —la cual solo se configura en matrimonios a través de un previo acto notarial—, la pensión de viudez de los concubinos, la eliminación de barreras legales para el goce del derecho a la salud, etc. Este debe ser el enfoque de solución que debería ser adoptado de cara a la problemática de las uniones de hecho.